



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10580.720829/2008-68
Recurso nº 512.083 Voluntário
Acórdão nº 1801-00.291 -- 1ª Turma Especial
Sessão de 02 de agosto de 2010
Matéria Auto de Infração - Simples
Recorrente COMÉRCIO DE FERRO VELHO BRAÇO FORTE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Exercício: 2004

Ementa: APLICAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PENALIDADE. No lançamento tributário, de ofício, aplica-se a legislação tributária vigente à época da ocorrência do fato gerador, não ocorrendo nenhuma das hipóteses de exceção, à luz dos artigos 105, 106 c/c 144, todos do Código Tributário Nacional - CTN.

MULTA QUALIFICADA. DOLO. SONEGAÇÃO FISCAL. OPTANTE PELO SIMPLES. Identificada a conduta do contribuinte com aquela descrita como sonegação fiscal pelo artigo 71 da Lei nº 4.502/64, e estando devidamente caracterizada a intenção da empresa em evadir-se da tributação devida, procede a qualificação da multa de ofício, com o agravante de ser optante por regime de tributação favorecido (Simples).

NULIDADES. Não procedem as alegações de nulidades quanto ao lançamento tributário, estando comprovado nos autos que a autoridade administrativa responsável pelo lançamento agiu em estrita observância às normas tributárias.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

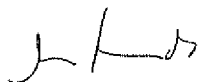
(Súmula nº 28 do CARF)

EXCLUSÃO DO SIMPLES. MATÉRIA ESTRANHA AOS AUTOS. Não pode ser apreciada matéria que não é objeto do processo administrativo fiscal em julgamento.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as nulidades suscitadas, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.



ANA DE BARROS FERNANDES - Presidente e Relatora

EDITADO EM 12 NOV 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carmen Ferreira Saraiva, Guilherme Pollastri Gomes da Silva, Maria de Lourdes Ramirez, Antônio Carlos Guidoni Filho, Valmir Sandri e Ana de Barros Fernandes. Ausente, momentaneamente o Conselheiro Rogério Garcia Peres.

Relatório

A fiscalização em auditoria na empresa em epígrafe constatou omissão de receitas evidenciada pela não contabilização das vendas realizadas a terceiros.

O Termo de Verificações Fiscal, parte integrante dos Autos de Infrações ora sob litígio, explicita que a empresa vendia sucata para empresas do grupo Gerdau com a remessa da mercadoria acobertada por Notas Fiscais em valores inferiores ao efetivamente transacionados.

Tanto os sistemas de informações da Receita Federal do Brasil – RFB quanto as empresas devidamente intimadas confirmaram a distorção entre os valores efetivamente comercializados e aqueles informados ao fisco pela fiscalizada. As empresas comprovaram as transações de compra com a apresentação das Notas Fiscais de Entrada de mercadorias, anexas ao processo.

Explica, ainda, a fiscalização, que a empresa por ser de porte pequeno extraia as Notas sem pesar e valorar devidamente as mercadorias, no caso sucatas, e quando estas chegavam ao destino nas empresas clientes eram efetivamente pesadas e aquelas empresas emitiam as Notas de Entradas (denominadas Contra Nota) com os pesos e valores reais.

Ocorre que a empresa autuada escriturava em seus livros contábeis e fiscais as Notas de emissão de mercadorias e não aquelas que deveria emitir após mensurar as vendas junto aos clientes, cujos valores eram os efetivamente pagos, praticando a omissão de receitas.

As diferenças encontradas, no valor de R\$ 850.188,40, ensejaram a autuação para exigência de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS pela sistemática do Simples, regime ao qual a empresa aderiu. A empresa declarou ao fisco haver auferido somente R\$ 505.611,38, ou seja, menos da metade efetivamente auferido.

Além da exigência dos tributos acima devido à omissão de receitas, da empresa exige-se também a diferença de valores efetivamente declarados na DIPJS e aqueles auferidos, por haver modificado a alíquota do Simples.

O valor da receita bruta auferida ultrapassou o limite permitido para que a empresa permanecesse no Simples – R\$ 1.355.799,78, mas esta questão foi objeto de

representação fiscal para emissão de Ato Declaratório Executivo de Exclusão do Simples com efeitos a partir do ano-calendário de 2004, não sendo objeto deste processo fiscal.

A fiscalização em vista da conduta reiterada e da consciência da empresa em omitir a receita auferida em todos os meses de 2003 qualificou a multa de ofício entendendo que a sua conduta se coaduna com o tipo descrito no artigo 71 da Lei nº 4.502/64, nos termos do artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96. Também elaborou a representação fiscal para fins penais.

Inconformada, a empresa impugnou o feito fiscal.

A Terceira Turma de Julgamento da DRJ Fortaleza/CE exarou o Acórdão nº 08-15.825/09 mantendo o lançamento tributário, fls. 1486 a 1497, que restou assim fundamentado:

1. Sobre o enquadramento legal da multa qualificada aplicada:

Note-se que, apesar da nova redação do art. 44 da Lei nº 9.430/96, a previsão para aplicação da multa no percentual de 150% para os casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, continuou a existir, só que passou a ser indicada no § 1º do referido artigo, e não mais no inciso II do caput do artigo.

Sobre a aplicação da legislação tributária dispõe o art. 144 do Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 144 CTN - O lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

"O lançamento apura e reconhece uma situação de fato num momento no tempo, o do dia do fato gerador, segundo a lei em vigor nesse dia. Este é o princípio" (Aliomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 1999, p. 792).

Portanto, considerando-se que, no presente caso o lançamento englobou os fatos geradores ocorridos em 2003, não restam dúvidas de que o enquadramento legal correto é o da lei vigente àquela época, no caso a redação original do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Infundados os argumentos da defesa nesse aspecto.

Lei nº 9.317/96, art. 18:

Alega o contribuinte que a omissão de receita, de acordo com o art. 18 da Lei nº 9.317/96, somente pode ser presumida quando apurada com base nos livros e documentos que esteja obrigada a empresa fiscalizada.

[...]

No presente caso, a fiscalização apurou divergências entre o valor escriturado pelo contribuinte e os valores reais, relativos às operações realizadas com as empresas do grupo Gerdau S/A,

CNPJ nº 33.611.500/0068-26 e Gerdau Açominas S/A, CNPJ nº 17.227.422/0052-47, fato que evidenciou a omissão de receitas. Conforme consta no Termo de Verificação Fiscal, para apurar as receitas omitidas a autoridade fiscal tomou por base os livros e documentos que lhe foram fornecidos pela própria autuada, e as notas fiscais de entrada emitidas por aquelas empresas.

Pelo que se depreende da impugnação, a defesa considera que a utilização dos dados de terceiros seria vedada pelo referido art. 18.

Ora, tal interpretação não faz o menor sentido. Um dos elementos essenciais para se apurar uma omissão de receitas é exatamente o confronto entre os valores escriturados pelo fiscalizado com as informações coletadas junto a terceiros. Admitir tal hipótese seria um contra-senso, haja vista que o referido artigo trata exatamente da apuração de receitas omitidas.

[...]

Portanto, não tem sustentação a tese da defesa nesse sentido.

Da qualificação da multa:

A autuada se insurge contra a acusação de ter praticado o crime de sonegação fiscal, previsto no art. 71 da Lei nº 4.502/64, alegando que o referido artigo determina a intenção como condição para que tal conduta seja tipificada como criminosa. Considera que não há como confundir a falta de organização em sua estrutura com a intenção de sonegar tributos devidos.

Conforme consta do Termo de Verificação Fiscal, fls. 62/67, foi aplicada a multa agravada de 150% pelo fato de ter sido constatado que o contribuinte deixou de oferecer à tributação, propositadamente, parte significativa de suas receitas auferidas.

A fiscalização apurou subfaturamento na escrituração das receitas referentes às operações com empresas do grupo Gerdau, a partir do confronto entre os dados declarados pelo contribuinte e os documentos fiscais que estavam de posse das referidas empresas.

É importante destacar que a defesa não questionou expressamente tal fato ou apresentou qualquer elemento para elidir as informações prestadas pelo grupo Gerdau, de sorte que, até prova em contrário, os documentos apresentados pelas empresas da citado grupo correspondem à verdade das operações realizadas.

Da arguição de nulidade por falta de motivação do ato administrativo:

A defesa alega, por fim, que o lançamento tributário como ato administrativo deve ser motivado com a descrição exata e precisa dos motivos de fato e de direito que lhes serviram de fundamento, sendo que a falta desses motivos resulta na nulidade do ato.



Compulsando-se os autos verifica-se que cada um dos autos de infração lavrados indica o enquadramento legal das exigências, sendo que as infrações apuradas estão devidamente descritas no Termo de Verificação Fiscal, fls. 62/67, parte integrante dos lançamentos em questão.

Portanto, não existem motivos que dêem sustentação à nulidade dos lançamentos argüida pela defesa.

A empresa cientificada do acórdão apresentou o Recurso Voluntário tempestivamente. Argumenta, em síntese:

I) a multa aplicada foi erroneamente tipificada no artigo 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, quando na época da autuação já vigia a Lei nº 11.488/07, cuja vigência é negada pelo julgador de primeira instância ao invocar o artigo 144 do Código Tributário Nacional – CTN;

II) este erro de direito fulmina o lançamento tributário pois fere o princípio constitucional da legalidade ao qual está vinculado a autoridade administrativa do lançamento, consoante parágrafo único do artigo 142 do CTN;

III) cita a ementa de um acórdão proferido pelo então Conselho de Contribuintes que versa sobre a nulidade da autuação pela falta de requisitos essenciais ao ato praticado;

IV) contesta o fato de que a quantia apurada pelo fisco no valor de R\$ 1.355.799,78 a exclui do Simples, em razão do limite legal ter sido aumentado para R\$2.400.000,00 pela Lei nº 11.196/2005;

V) insurge-se contra a elaboração da representação fiscal para fins penais porque a empresa não agiu com dolo, mas não tinha condições de classificar devidamente a mercadoria no que diz respeito ao preço e peso por ser pequena e sem estrutura organizacional, consoante informações prestadas pelas próprias empresas do grupo Gerdau.

Por fim requer a insubsistência da autuação, desconsideração do elemento dolo na conduta praticada, redução da multa qualificada e tornado sem efeito o ato de exclusão do Simples.

É o relatório. Passo a análise das razões recursais.



Voto

Conselheira Ana de Barros Fernandes

Conheço do recurso interposto, por tempestivo.

Preliminarmente, cumpre esclarecer à recorrente que não é objeto do presente processo administrativo fiscal a sua exclusão do Simples, que foi matéria de representação fiscal elaborada pelo fiscal autuante e formalizada em outro processo administrativo, surtindo efeitos somente a partir do ano-calendário de 2004, se é que foi expedido o Ato Declaratório Executivo, do qual não se tem notícias nos presentes autos.

Assim também não será tratado no presente litígio a formalização de processo oriundo da representação fiscal para fins penais, por se tratar de comunicação da ocorrência, em tese, de crime contra a ordem tributária encaminhada para averiguação do Ministério Público Federal no caso deste lançamento tributário for mantido na esfera administrativa. Neste sentido este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais editou a súmula nº 28:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Delimitadas as matérias do presente litígio administrativo, abordo o questionamento de nulidade do lançamento tributário por haver a autoridade administrativa, segundo entende a recorrente, atribuído a multa qualificada remissivo legal equivocado.

Primeiramente, resta explícito e claro na autuação e nas defesas apresentadas pela recorrente que o procedimento da fiscalizada foi interpretado como doloso, ou seja, houve a plena consciência de que estava a registrar contabilmente os valores fictícios informados em Notas cujo intuito era apenas o de acompanhar as mercadorias vendidas, sabendo que as grandes empresas, com estrutura organizacional, cuidariam de pesar e valorar as mercadorias a fim de pagar o preço justo por elas e que estas sim emitiriam as denominadas *Contra Notas*.

Assim restou escrito no Termo de Verificações parte integrante dos Autos de Infração lavrados contra a recorrente que, inclusive, esclareceu que entendia tratar-se de conduta legalmente considerada sonegação, nos termos do artigo 71 da Lei nº 4.502/64, o qual teve o cuidado de reproduzir.

E a recorrente defende-se amplamente do fato, dizendo e reprisando que não agiu com o dolo, razão pela qual não poderia ser cominada a multa qualificada.

Por isto, de pronto, entendo que em nada macularia o lançamento tributário SE (destaquei) o dispositivo legal da multa aplicada houvesse sido equivocadamente referenciado em um inciso ou em outro, em vista das alterações legislativas ocorridas na Lei nº 9.430/96, no que se refere à redação do artigo 44. A conduta foi ilibadamente descrita, bem como a consequência.

No entanto (novamente destaque), não foi o que ocorreu e aí a inteligência do renegado artigo 144 do CTN, pela recorrente.



O artigo 144 do CTN invocado no acórdão vergastado traça as diretrizes para a efetivação do lançamento tributário, *ex officio*, como é o caso:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Somente pela leitura do remissivo legal já se depreende que a norma a ser aplicada é aquela vigente à época do fato gerador, como corretamente aplicou a autoridade fiscal ora criticada. Basta este dispositivo, mas para que não paire dúvidas à recorrente, o parágrafo primeiro excetua os casos de exceção não se identificando a cominação da multa qualificada a nenhum deles. Vejamos:

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

E, em vista da recorrente alegar, equivocadamente, que este dispositivo não trata de aplicação ou vigência de norma tributária, trago a este voto os remissivos que tratam a este respeito, destacando que somente corroboram a atitude do auditor fiscal ao cominar a multa qualificada fundamentando-a na redação da norma vigente à época dos fatos geradores:

Aplicação da Legislação Tributária

Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116

Pela leitura do retro transcrito artigo 105 depreende-se que a legislação tributária não pode ser aplicada aos fatos pretéritos.

E no artigo 106 estabelece o CTN quando ela pode ser aplicada aos fatos pretéritos:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

Não é o caso.

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática

Estas hipóteses também não se aplicam ao caso em concreto, ou seja, cominação da penalidade no caso do lançamento efetuado de ofício por constatada omissão de receitas.

Daí que não há qualquer ofensa ao princípio da legalidade, muito pelo contrário, rigidamente observado pela autoridade administrativa responsável pelo lançamento tributário ora questionado.

Afasto, pois, a alegação de nulidade da recorrente.

O outro ponto a ser abordado neste julgado trata igualmente da multa de ofício, porém, por ter sido qualificada, já que a conduta da empresa foi explicitamente tratada na autuação como dolosa, ou seja, estar consciente em fraudar o fisco.

Observo, por oportuno, que em nenhum momento a recorrente se insurge contra os valores informados pelas clientes como efetivamente auferidos. Vale dizer, a omissão de receitas é fato incontroverso.

A autoridade fiscal não se inibiu em coadunar a conduta da empresa àquela descrita no artigo 71 da Lei nº 4.502/64, que reпрiso:

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;

Entendo que agiu corretamente. Todos os meses, fatos geradores, da obrigação tributária de apurar e recolher os tributos federais pela sistemática do Simples, a empresa conscientemente escolheu registrar as Notas de transporte de mercadorias que sabia não retratavam os valores reais.

Ora, querer eximir-se da fraude perpetrada alegando que era empresa de pequeno porte e sem estrutura organizacional como as suas clientes possuíam é demais pueril e inaceitável para quem opta por um regime de tributação favorecido, ainda por agravante.

Parece dizer que também não tem o menor controle de quanto realmente recebe pelas suas vendas ou que não sabia, antecipadamente, que as notas que emitia não retratavam os valores efetivos de suas vendas e que assim que recebidos seriam contraditados pelas clientes que pesariam a carga e pagariam o preço ajustado, por peso.

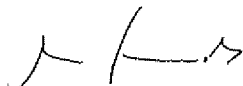
Nada justifica a empresa não escriturar os valores efetivamente recebidos e espelhados nas Notas de Entrada dos clientes, já que o procedimento pactuado era este mesmo e não era ocasional, saliente-se. Era a praxe.

E como já disse acima, e reпрiso: a empresa optou por sistema de tributação favorecido, o que lhe atribui o dever de agir irrepreensivelmente para com o fisco.

Por isso, evidenciada a prática reiterada, em todos os meses, da omissão de receitas com a utilização estampada de subterfúgio – emissão e registro de notas que veiculam informações falsas (falsidade ideológica), entendo que a multa qualificada deve ser mantida.

Por todo o exposto, julgo os lançamentos tributários para as exigências de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS pela sistemática do Simples, irreparáveis, realizados em estrita observância às normas legais vigentes à época dos fatos geradores.

Voto em afastar as nulidades suscitadas, para, no mérito, negar provimento ao recurso.



ANA DE BARROS FERNANDES - Relatora