



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

Processo nº 10580.721820/2010-99
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-00.852 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de janeiro de 2012.
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - IMPOSTO SIMPLES
Recorrente S. BASTOS DELICATESSEN LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2006

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Constatada a correção do procedimento fiscal, bem como dos atos e termos lavrados, dos quais foi dado ciência ao contribuinte, não há que se falar em nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa.

PEDIDO DE PERÍCIA. Indefere-se o pedido de perícia, quando se constata que os elementos acostados ao processo são suficientes para o julgamento da lide.

LANÇAMENTO. DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO. Correto o lançamento de ofício decorrente de apuração de diferença entre a receita bruta declarada ao Fisco Estadual, para efeito do ICMS, e a declarada na DSPJ.

INCONSTITUCIONALIDADE. Nos termos da Súmula nº 02 do CARF, na instância administrativa não se discute versões de inconstitucionalidade de atos legais, por ser atribuição exclusiva do Poder Judiciário.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. É aplicável a multa de ofício qualificada de 150%, nos casos em que resta constatado o evidente intuito de fraude. A conduta ilícita reiterada ao longo do tempo descaracteriza o caráter fortuito do procedimento, evidenciando o intuito doloso.

MULTA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. A jurisprudência desta casa já está consolidada por meio da Súmula nº 51, cujo entendimento é de que as multas previstas no Código de Defesa do Consumidor não se aplicam às relações de natureza tributária.

CONCORDATA E FALÊNCIA. SÚMULA 565 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MATÉRIA RESERVADA PARA QUANDO

DA HABILITAÇÃO DO CRÉDITO. A Súmula nº 565 do STF, prevendo que a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência, é matéria que somente tem pertinência quando da habilitação do crédito tributário. Nos casos em que a falência for levantada, afastado o concurso universal de credores, as multas administrativas são exigíveis.

Preliminares Rejeitadas. Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares, e no mérito negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Albertina Silva Santos de Lima – Presidente

(assinado digitalmente)

Moisés Giacomelli Nunes da Silva - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Albertina Silva Santos de Lima. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

S. BASTOS DELICATESSEN LTDA, já qualificada nos autos, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF), recorre da decisão de primeira instância, que julgou procedente o auto de infração de que trata este processo.

Consta da decisão recorrida o seguinte relato:

Trata o processo de Autos de Infração do Simples Federal (fls. 03/78), exigindo crédito tributário no valor consolidado de R\$1.203.105,94, conforme demonstrativo à folha 02, referente ao ano-calendário de 2006 (AC/2006).

Os lançamentos contemplam o valor dos tributos devidos, multa de ofício nos percentuais de 75% e 150% (qualificada) e juros de mora.

A autuação foi por diferença de base de cálculo, fundamentada na apuração de receita bruta declarada ao Fisco Estadual, através das DMA (Declaração e Apuração do ICMS), às fls. 92/103, e não declarada ao Fisco Federal, através da DSPJ-Simples, às fls. 104/121, e insuficiência de recolhimento.

Os detalhes do procedimento se encontram no Termo de Verificação Fiscal (TVF), às fls. 79/81, cujo resumo é o seguinte:

— A motivação da fiscalização foi a diferença encontrada entre os valores declarados à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (Sefaz/BA), através de DMA mensais, e valores declarados à Receita Federal do Brasil (RFB), através da DSPJ-Simples;

— Em 23/09/2009, a contribuinte tomou ciência do Termo de Início de Fiscalização (TIF) e do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), cópia anexa;

— A contribuinte compareceu a esta fiscalização em meados de outubro de 2009 e entregou cópia de suas DMA, sem nenhum protocolo, e não mais entrou em contato;

— Em 27/10/2009, a contribuinte foi intimada, através do Termo de Intimação nº 1, a entregar todos os livros e documentos requeridos no TIF. Novamente a contribuinte não se manifestou;

— Em 11/12/2009, a contribuinte foi reintimada, através do Termo de Reintimação nº 1, a entregar todos os livros e documentos solicitados no TIF. Novamente a contribuinte não se manifestou;

— Em 22/01/2010, a contribuinte foi reintimada de novo, através do Termo de Reintimação nº 2, a entregar todos os livros e documentos requeridos no TIF. Em 25/02/2010, afinal, a contribuinte se manifestou dizendo que não possuía Livro Caixa nem escrita contábil, além de declarar que sua receita de vendas é aquela constante em suas DMA;

— Utilizou-se então, como receita tributável, os valores declarados como receita à Sefaz/Ba nas DMA do AC/2006;

— Assim, os autos de infração tiveram como base as diferenças de receitas apuradas mediante o cotejo entre DMA e DSPJ-Simples, conforme demonstrado no TVF;

— Justifica-se a aplicação da multa qualificada no percentual de 150%, nos termos do art. 957, II, RIR/99, e art. 44 da Lei 9.430/99, combinados com os art. 71 e 72 da Lei 4.502/64, pela ação da contribuinte tendente a impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, especialmente pelo fato de a contribuinte ter declarado ao fisco federal receita menor, em contraponto àquela efetivamente apurada e declarada à Sefaz/Ba;

— A declaração à RFB com valores bem inferiores ao realmente auferido demonstra a intenção de impedir ou retardar o acesso da autoridade fazendária às informações que possibilitassem a correta obtenção da base de cálculo devida;

— Chama a atenção a diferença de receita omitida no ano de 2006 que chega ao montante de R\$ 3.487.803,75;

— Diante da evidência de sonegação fiscal, nos termos do art. 957, II, do RIR-1999, e art 71 da Lei nº 4.502, de 1964, foi lavrada Representação Fiscal para Fins Penal, indicando os indícios de crime contra a ordem tributária correspondente ao tipo penal da Lei nº 8.137/90, art. 1º, inciso I, processo administrativo nº 10580.721821/2010-33.

A contribuinte foi cientificada da autuação em 12/03/2010 (vide fl. 04) e apresentou impugnação em 31/03/2010 (vide fls. 127/133), alegando, em síntese, que:

1. Em preliminar, os autos de infração seriam passíveis de nulidade, eis que eivado de inúmeros vícios e irregularidades insanáveis, discurridos em seguida.

1.1. Consta no item "Termo de Encerramento" dos AI que a data de encerramento da ação fiscal fora em 25/02/2010, às 09h31min, havendo, porém, a omissão do período fiscalizado.

1.2. A autuação acusa que a fiscalizada teria declarado valores menores ao Fisco Federal, no tocante ao que fora declarado junto ao Fisco Estadual através das DMA, sem observar que a empresa estava enquadrada no SIMPLES, sujeita a tributação com base no percentual por faixa de contribuição, ou qualquer verificação fática das vendas reais.

1.3. Neste contexto, não teria havido qualquer verificação nos documentos da empresa, bem como nos documentos fiscais que se encontram em poder da SEFAZ/BA, haja vista que a presunção do Fisco Federal se deu apenas em números relacionados nas ditas DMA que a própria Autuada desconhece.

1.4. Os AI não demonstram, discriminadamente, mês a mês, a quantia deixada de declarar pela autuada, o que importa na falta de transparência do ato administrativo como comanda a Constituição em seu art. 37 (*caput*). Haveria, na realidade, um arbitramento injustificado da base de cálculo, sem demonstração do aspecto quantitativo do fato gerador da obrigação tributária, pois não se pode verificar qualquer diferença supostamente devida sem o devido processo legal e sem que haja a verificação real das vendas

1.5. O fato de o serviço contábil deixar de informar devidamente as DMA não é motivo para aplicar a cobrança do imposto, sem verificação junto ao Fisco Estadual se houve ou não algum problema na transmissão das DMA, e se os valores que se encontram em poder do autuante refletem o valor real da receita.

1.6. Levando em conta que existe junto ao Estado da Bahia o dever de sigilo fiscal, como poderia o fiscal Autuante ter acesso a informações das DMA, e se isso ocorreu, como se poderia atestar que as informações são fidedignas? Logo, a presunção do fiscal Autuante não deve prevalecer para se achar valores, sem o devido processo legal, sem que haja uma perícia técnica para verificação e apuração dos valores reais e devidos.

1.7. Ademais, requer a declaração de nulidade do feito, porque o fiscal subscritor dos autos de infração em guerra não comprovou sua condição de Contador inscrito no respectivo conselho de classe, sendo, portanto, incompetente para a função, nos termos do art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, que disciplina o processo administrativo fiscal (PAF).

2. No mérito, os AI seriam improcedentes pelas seguintes razões:

2.1. O fiscal Autuante, ao encerrar o AI, aplicou a cobrança de crédito tributário relacionado a IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e INSS, sem atentar que deveria se ater apenas ao percentual devido ao Simples.

2.2. Verifica-se ainda que o Autuante resumiu a sua pseudo fiscalização à verificação dos valores consignados nas supostas DMA que estavam em seu poder, sem verificar os documentos que se encontram em poder da Autuada, ou até mesmo maiores informações do Fisco Estadual para verificar a autenticidade dos valores apurados nas DMA, sem ao menos verificar a existência ou não de erro na transmissão dos dados.

2.3. Registra-se ainda que a verificação é tão grosseira, que no TVF o fiscal Autuante relacionou os valores declarados à RFB, os valores apurados pelas DMA, sendo que as diferenças apuradas não condizem com a diferença desses valores, demonstrando apenas a ausência total de PERÍCIA TÉCNICA, o que desde já requer, e uma conclusão distinta da realidade fática, já que não houvera real verificação das informações junto à SEFAZ/BA.

2.4. Seria totalmente improcedente a alegação do Fisco Federal de que não foram fornecidos o Livro Caixa e livros fiscais, principalmente pelo fato de a empresa não ser obrigada a manter estes livros, sendo necessária neste caso a verificação dos documentos fiscais da autuada e a verificação da fidedignidade das informações contidas no Fisco Estadual.

2.5. A incidência de multa de ofício no percentual de 150% sobre o valor da obrigação principal é confiscatória e denota enriquecimento sem causa, por parte da Fazenda Federal. Com o advento da Lei nº 9.298/96 a multa por inadimplemento no Brasil, passou para o máximo de 2%, dado a nova realidade econômica atualmente reinante no país.

2.6. Em síntese, a impugnante requer: A total improcedência da pretensão fiscal, flagrantemente contrária à lei, primeiro por ser procedida por agente incompetente e inabilitado, e, finalmente, por não ter, no mérito, ocorrido às infrações apontadas, merecendo a anulação do lançamento e arquivamento do feito; Independente de julgamento procedente ou improcedente, parcial ou integral, a ilegitimidade das multas do A.I., fixando-as em percentuais equivalentes na supracitada lei pertinente, ou seja, em 2%; Por encontrar-se sob regime concordatário, requer, nos termos da Lei de Falência, sejam expurgadas as penas pecuniárias impostas no multimencionado Auto de Infração

A decisão recorrida está assim ementada:

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

Ano-calendário: 2006

LANÇAMENTO. DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO. Correto o lançamento de ofício decorrente de apuração de diferença entre a receita bruta declarada ao Fisco Estadual, para efeito do ICMS, e a declarada na DSPJ-Simples do período fiscalizado.

ESCRITURAÇÃO FISCAL. OBRIGATORIEDADE. A pessoa jurídica inscrita no Simples, para que fique dispensada da escrita comercial, deve manter o Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária, e todos os documentos e demais papéis que derem respaldo à escrituração.

MULTA QUALIFICADA. PREVISÃO LEGAL. EVIDENTE INTUITO DE SONEGAÇÃO FISCAL. NÃO-CONFISCO. Correta a aplicação da multa proporcional qualificada nos casos em que se verifica evidente intuito de sonegação ou fraude, previsto na legislação fiscal, caracterizado pela redução deliberada da base de cálculo dos tributos devidos, sendo improcedente a arguição de confisco.

MULTA DE OFÍCIO. LEI DE FALÊNCIA. Mantém-se a exigência da multa de ofício, uma vez ocorridas as hipóteses legais para sua imposição, ainda que a empresa se encontre em processo de falência. A questão da multa tributária remete à fase de execução judicial.

MULTA MORATÓRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Inexiste previsão legal para aplicação no campo do direito tributário da multa moratória de 2% prevista no Código de Defesa do Consumidor.

NULIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. Inexiste nulidade quando o auto de infração se encontra revestido das formalidades legais e foi garantido o direito de defesa na impugnação.

PEDIDO DE PERÍCIA. Indefere-se o pedido de perícia, quando se constata que os elementos acostados ao processo são suficientes para o julgamento da lide.

INCONSTITUCIONALIDADE. Na instância administrativa não se discute versões de inconstitucionalidade de atos legais, por ser atribuição exclusiva do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente. Credito Tributário Mantido

Cientificada da aludida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, no qual contesta repisa as alegações da peça impugnatória e, ao final, requer o provimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Relator.

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33, do Decreto nº. 70.235 de 06/03/1972, foi interposto por parte legítima, está devidamente fundamentado e preenche os requisitos de admissibilidade. Assim, conheço-o e passo ao exame da matéria.

Conforme relatado, a fiscalização apurou que no ano-calendário de 2006 o Contribuinte, optante do Simples Federal, declarou e recolheu os tributos federais, sobre valores menores do que as receitas mensais que realmente auferiu, sistematicamente.

O faturamento efetivamente obtido pelo contribuinte foi apurado nas Declarações de Apuração Mensal do ICMS (DMA). Vejamos as diferenças apuradas às fls. 79 e ratificadas pelo contribuinte à fl. 91.

Mês	Receita declarada a SRFB Na Declaração SIMPLES	Receita escriturada nas DMA's do ICMS BA	Diferença
Jan	R\$ 23.524,22	R\$ 235.242,23	R\$ 241.207,03
Fev	R\$ 23.514,89	R\$ 235.148,92	R\$ 224.706,16
Mar	R\$ 25.066,21	R\$ 250.662,11	R\$ 264.489,96
Abr	R\$ 25.502,13	R\$ 255.021,30	R\$ 265.609,95
Mai	R\$ 30.039,56	R\$ 300.395,58	R\$ 300.306,93
Jun	R\$ 32.274,50	R\$ 322.745,00	R\$ 292.049,72
Jul	R\$ 34.267,56	R\$ 342.675,63	R\$ 308.883,48
Ago	R\$ 37.111,36	R\$ 371.113,35	R\$ 320.823,86
Set	R\$ 36.950,86	R\$ 369.508,58	R\$ 331.501,14
Out	R\$ 41.532,73	R\$ 415.327,33	R\$ 310.570,79
Nov	R\$ 34.173,19	R\$ 341.731,90	R\$ 320.916,15
Dez	R\$ 43.576,56	R\$ 435.765,59	R\$ 318.754,80
TOTAL	R\$ 387.533,77	R\$ 3.875.337,52	R\$ 3.487.803,75

Obs. Os valores corretos da diferença são os que constam da fl. 91 e que foram considerados no auto de infração. Na planilha de fl. 71, acima transcrita, há erro de cálculo. Ex. em relação ao mês de janeiro/2006 (235.242,22 – 23.524,22 = 211.718,01 e não R\$ 241.207,03) Contudo, o total de R\$ 3.487.803,75 coincide com o valor da planilha de fl. 91.

Verifica-se que o contribuinte declarava apenas 10% do valor efetivo de suas vendas, sobre o qual calculava os tributos devidos na sistemática do “Simples”.

No termo de verificação fiscal de fls. 75 e seguintes está consignado que o próprio contribuinte confirmou expressamente (fl. 90) que o valor real de seu faturamento foi declarado ao Fisco Estadual e que não possui livro caixa e nem escrituração contábil.

Compulsando os autos, confirma-se que os tributos devidos foram apurados na sistemática do Simples, ou seja, respeitando a opção do contribuinte e chegando-se ao menor valor tributável diante de tamanha omissão (fls. 3 e seguintes), porém aplicando a multa de ofício de 150% em face do evidente intuito de fraude.

Feitas essas considerações, passo a apreciar as alegações recursais.

O recorrente repisa a alegação de cerceamento do direito de defesa e que o processo seria nulo desde o auto de infração. Rejeito de plano tal alegação, pois, conforme asseverado na decisão recorrida:

“No caso concreto, não há nenhum fator de nulidade processual, pois os autos de infração foram lavrados por servidor competente e de conformidade com a legislação aplicável, com descrição clara e precisa dos fatos e demonstração da forma de apuração da base tributável, como se nota no Termo de Verificação Fiscal (fls. 79/81) e nos demonstrativos que integram os autos de infração (fls. 03/78). A despeito da alegação contrária da impugnante, verifica-se que os períodos de apuração mensais do Simples estão discriminados nos autos de infração, acima referidos. Sendo, portanto, contraditória a alegação de falta de transparência do ato administrativo e de ofensa ao art. 37 da CF/1988.

Também não há cerceamento do direito de defesa, pois está comprovado nos autos que tanto na fase procedimental quanto na impugnatória foi dada à autuada ciência dos atos processuais e assegurado o seu direito de defender-se dos fatos apurados pelo Fisco (vide fls. 84/89 e 79/80). Ressalte-se que, salvo nas hipóteses em que é necessário a intimação do contribuinte para comprovar a origem dos valores creditados em suas contas bancárias, nos demais casos a fase litigiosa do procedimento, como define o art. 14 do PAF, inicia-se a partir do momento em que o sujeito passivo é intimado para apresentar defesa em face da autuação.

Em segundo, o "Termo de Encerramento" é parte integrante dos autos de infração, onde estão discriminados o período fiscalizado (AC/2006) e os demais detalhes da ação fiscal, dos quais a autuada tomou ciência em 02/03/2010, através de procurador devidamente habilitado (fl. 122), em nada prejudicando o seu direito de defesa. Logo, não há motivo para declaração de nulidade a pretexto de omissão do período fiscalizado. Esta informação, repise-se, consta no Termo de Início de Fiscalização (fls. 82/83) e nos autos de infração (fls. 03/78).

Em terceiro, não procede a alegação de que a Fiscalização teria ignorado que a empresa estava inscrita no Simples, deixando de aplicar o percentual de alíquota por faixa de receita bruta, eis que o “Demonstrativo de Percentuais Aplicáveis sobre a Receita Bruta” se encontra à fl. 58, discriminando os percentuais do Simples utilizados nos lançamentos em conformidade com a evolução da receita bruta, e faz parte dos autos de infração. Assim, não prevalece a alegação de arbitramento proveniente da imaginação do autuante.

Em quarto, o Demonstrativo de Percentuais Aplicáveis sobre a Receita Bruta demonstra que os cálculos procedidos pela Fiscalização estão corretos, pois lá se verifica que a receita bruta do AC/2006 atingiu o montante de R\$ 3.875.337,52, que subtraída do valor declarado de R\$ 387.533,77 confirma a diferença omitida de R\$ 3.487.803,75, dando respaldo ao demonstrativo do autuante no TVF (vide fl. 79), não havendo motivo para nulidade.

Em quinto, os autos de infração em tela foram lavrados por autoridade competente, isto é, Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, que não exige necessariamente habilitação profissional de contador. Tal entendimento é reforçado pela Súmula CARF nº 8, publicada no DOU de 22/12/2009, abaixo citada:

Súmula CARF nº 8: O Auditor Fiscal da Receita Federal é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador.

Em sexto, há previsão legal para o intercâmbio de informações fiscais entre os entes Federados – União, Distrito Federal, estados e municípios, havendo para isso Convênio de Cooperação Técnica firmado entre a União, através da RFB, e o Estado da Bahia, através Sefaz/BA, celebrado em 12/02/1999, fundamentado no art. 199 do CTN, dando legitimidade aos dados de receita extraídos das DMA pelo Fisco Federal. Desse modo, não há nenhuma quebra de sigilo ou ilegalidade conforme alegou a impugnante.

Por derradeiro, a própria fiscalizada, respondendo a intimação, afirmou que a empresa não dispunha de contabilidade nem livro caixa e que a receita de vendas é a mesma declarada nas DMA, conforme documentado à fl. 90. Vale lembrar que as declarações apresentadas aos fiscos gozam de presunção de veracidade. Daí que não cabe a alegação de que o Autuante sequer verificou junto à SEFAZ/BA se houvera algum problema na transmissão das DMA e se os valores lá encontrados refletem o valor real da receita. Agora caberia à impugnante trazer elementos que infirmassem a apuração fiscal.”

Diante do exposto, rejeito as preliminares.

Quanto à reiteração do pedido de perícia, esclareço que caberia ao contribuinte fazer prova de que errou em sua declaração ao Fisco Estadual. Em verdade, a pretensão do contribuinte é protelar o cumprimento da exigência fiscal, por intermédio de diligência ou perícia, o que não pode ser aceito.

Os quesitos do recorrente, transcritos à fl. 281, poderiam ser respondido por ele mesmo mediante apresentação de provas e dos documentos que deixaram de ser fornecidos à fiscalização durante a auditoria fiscal. Logo, a perícia é absolutamente desnecessária.

No que tange a multa de ofício, a aplicação do percentual de 150% não merece reparos. Isso porque está demonstrado nos autos que houve omissão sistemática em todos os períodos de apuração do AC/2006, o que justificou o lançamento dos tributos integrantes do Simples, com acréscimos de multa qualificada e regulamentar e juros moratórios.

Repita-se: embora intimada diversas vezes, e tendo oportunidade de fazer na prova na impugnação e recurso, o contribuinte não logrou apresentar nenhum livro fiscal ou contábil previstos pela legislação tributária, nem ao menos o Livro Caixa na forma do §1º do art. 7º da Lei nº 9.317, de 1996.

Tal qual asseverado na decisão recorrida, *a multa de lançamento de ofício qualificada, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, é aplicada àquelas infrações praticadas com o evidente intuito de fraude ou de sonegação fiscal, dentre elas a prática contumaz de declarar altos valores de receita ao Fisco Estadual, para efeito do ICMS, e de pouco ou nada declarar ao Fisco Federal, como se deu neste caso, em todos os períodos de apuração do AC/2006, como dito no Termo de Verificação Fiscal.*

Esse tipo de ação denota o intuito de sonegação mediante redução da base de cálculo dos tributos devidos, e se enquadra exatamente no que dispõe o art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, pois, no período fiscalizado, a autuada declarou receita bruta ao Fisco Estadual em

valor significativamente maior do que fora declarado ao Fisco Federal em todos os períodos de apuração.

Está demonstrado que a redução da base de cálculo foi sistemática em todos os períodos do ano fiscalizado, concomitante com a declaração e recolhimento dos valores a menor junto ao Fisco Federal, demonstrando a intenção de impedir ou retardar o conhecimento por parte deste da ocorrência do fato gerador dos tributos devidos.

Neste caso concreto, a autoridade lançadora apontou fatos, sem que haja qualquer prova em contrário, que afastam a possibilidade de simples erro e levam à qualificação da penalidade em virtude da prática dolosa. Ora, as omissões situam-se em torno de 90% do faturamento e em períodos sucessivos de apuração.

Diante de tais circunstâncias, não se concebe que outra tenha sido a intenção do sujeito passivo que não a de ocultar do fisco a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária principal, de modo a evitar seu pagamento, o que evidencia o intuito de fraude e obriga à qualificação da penalidade. Nesse sentido já se manifestou Egrégio Conselho de Contribuintes:

“MULTA DE OFÍCIO - MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL - SITUAÇÃO QUALIFICATIVA - FRAUDE - O sujeito passivo, ao declarar e recolher valores menores que aqueles devidos, agiu de modo a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fiscal do fato gerador da obrigação tributária principal, restando configurado que a autuada incorreu na conduta descrita como sonegação fiscal, cuja definição decorre do art. 71, I, da Lei nº 4.502/64. A omissão de expressiva e vultosa quantia de rendimentos não oferecidos à tributação demonstra a manifesta intenção dolosa do agente, tipificando a infração tributária como sonegação fiscal. E, em havendo infração, cabível a imposição de caráter punitivo, pelo que pertinente a infligência da penalidade inscrita no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96. Recurso ao qual se nega provimento.” (Ac. 203-09129, sessão de 13/08/2003. No mesmo sentido: Ac. 202-14693, Ac. 202-14692 etc).

“REDUÇÕES SISTEMÁTICA E REITERADA DOS MONTANTES TRIBUTÁVEIS - USO DE REDUTOR NO ENTE ACESSÓRIO - EXIGÊNCIA PERTINENTE - Restando provada a manifesta intenção de se ocultar a ocorrência do fato gerador dos tributos com o objetivo de se obter vantagens indevidas em matéria tributária, mormente quando se mantém dualidade de informações - de forma sistemática e reiterada -, ao longo de vários períodos ao sabor da clandestinidade, impõe-se a multa majorada consentânea com a tipicidade que se apresenta viciada. Recurso negado.” (Ac. 107-06937 de 28/01/2003. Publicado no DOU em: 24.04.2003).

“MULTA QUALIFICADA – CONDOTA CONTINUADA – A escrituração e a declaração sistemática de receita menor que a real, provada nos autos, demonstra a intenção, de impedir ou retardar, parcialmente o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal por parte da autoridade fazendária e enquadra-se perfeitamente na norma hipotética contida do artigo 71 da Lei 4.502/64, justificando a aplicação da multa qualificada”. ACÓRDÃO CSRF/01-05.810 em 14 de abril de 2008).

A colaboração com as investigações no curso da ação fiscal não implica a inexistência de dolo por parte da contribuinte, tampouco afasta prática dolosa anterior. *In casu*, pelo contrário, pois a escrituração da fiscalizada comprova o dolo e a fraude cometidos quando do lançamento por homologação do tributo, isto é, quando a contribuinte, tendo o dever legal

de prestar informações acerca dos fatos geradores ocorridos e antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, omitiu fatos e sonegou imposto e contribuições em torno de 90% das receitas.

A autuada podia até o início da ação fiscal retificar suas declarações e pagar os tributos devidos, entretanto, assim não procedeu. Houvesse a administração tributária confiado passivamente nas informações prestadas pela contribuinte à época da ocorrência dos fatos geradores, indiscutivelmente tal inércia resultaria em perda irremediável do crédito tributário exsurgido em decorrência do procedimento de ofício.

A título de ilustração, cito manifestação do TRF da 4ª Região consentânea com o entendimento ora exposto:

'PENAL. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. PRESTAÇÃO DE DECLARAÇÕES FALSAS DE IMPOSTO DE RENDA. SUPRESSÃO DE TRIBUTOS. MATERIALIDADE E AUTORIA. DOLO.

...

3. O dolo é genérico e inerente ao tipo penal do art. 1º, inciso I da Lei 8.137/90, que não prevê a modalidade culposa.

4. "A consumação do crime tipificado no art. 1º, caput, ocorre com a realização do resultado, consistente na redução ou supressão do tributo ou da contribuição social (evasão proporcionada pela prática da conduta fraudulenta anterior). (Andreas Eisele, em "Crimes Contra a Ordem Tributária", 2ª edição, editora Dialética, fl. 146).

5. Apelação improvida.' (Apelação Criminal nº 2001.71.08.005548-2/RS, DJU de 29/10/2003)

Do voto condutor do referido acórdão extraio o seguinte fragmento, por esclarecedor:

'Sustentam os apelantes, no entanto, que não houve a intenção de sonegar porque reconheceram a existência de faturamento nos dois primeiros trimestres, que se deu através do pagamento dos respectivos tributos perante o fisco municipal.

Tal conduta é irrelevante para a apuração do dolo no caso concreto, pois como já se disse anteriormente o dolo é genérico, tendo o crime se consumado no momento da entrega da declaração "zerada", sabidamente falsa, cujo propósito era a supressão dos tributos federais devidos.

Sobre o momento da consumação do crime, mais uma vez os esclarecedores ensinamentos da doutrina de Andreas Eisele, na obra já citada, à fl. 146:

"A consumação do crime tipificado no art. 1º, caput, ocorre com a realização do resultado, consistente na redução ou supressão do tributo ou da contribuição social (evasão proporcionada pela prática da conduta fraudulenta anterior).

Portanto, o crime é classificado na modalidade material (apenas se consumando com a ocorrência do resultado danoso consistente na evasão tributária), e o momento consumativo não é o da realização da conduta antecedente e preparatória (descrita nos incisos do caput), mas o da expiração do prazo para o recolhimento do tributo (ou o de seu pagamento parcial, caso ocorra antes desse momento)."

Portanto, deve ser mantido o lançamento com a aplicação da multa qualificada sobre os débitos autuados.

No que tange a alegação de confisco, esclareça-se que a apuração de infrações em auditoria fiscal é condição suficiente para ensejar a exigência dos tributos mediante lavratura do auto de infração e, por conseguinte, aplicar a multa de ofício de 75% ou 150% nos termos do artigo 44, inciso I ou II, da Lei nº 9.430/1996. Essa multa é devida quando houver lançamento de ofício, como é o caso.

De qualquer forma, convém esclarecer, que o princípio do não confisco insculpido na Constituição, em seu art. 150, IV, dirige-se ao legislador infraconstitucional e não à Administração Tributária, que não pode furtar-se à aplicação da norma, baseada em juízo subjetivo sobre a natureza confiscatória da exigência prevista em lei.

Ademais, tal princípio não se aplica às multas, conforme entendimento já consagrado na jurisprudência administrativa, como exemplificam as ementas transcritas na decisão recorrida e que ora reproduzo:

"CONFISCO – A multa constitui penalidade aplicada como sanção de ato ilícito, não se revestindo das características de tributo, sendo inaplicável o conceito de confisco previsto no inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal (Ac. 102-42741, sessão de 20/02/1998).

MULTA DE OFÍCIO – A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, restringe-se ao valor do tributo, não extravasando para o percentual aplicável às multas por infrações à legislação tributária. A multa deve, no entanto, ser reduzida aos limites impostos pela Lei nº 9.430/96, conforme preconiza o art. 112 do CTN (Ac. 201-71102, sessão de 15/10/1997)."

Por sua vez, A aplicação da taxa Selic no cálculo dos juros de mora também está prevista em normas legais em pleno vigor, regularmente citada no auto de infração (artigo 61, § 3º da Lei 9.430 de 1996), portanto, deve ser mantida. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 4 do CARF:

"A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais."

Por último, quanto à pretensão para que a multa, se não afastada em face da alegada concordata da recorrente, fosse reduzida a 2%,(dois por cento), a jurisprudência desta casa já está consolidada por meio da Súmula nº 51, cujo entendimento é de que as multas previstas no Código de Defesa do Consumidor não se aplicam às relações de natureza tributária.

No que diz respeito à Súmula nº 565 do STF, prevendo que a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência é matéria que somente tem pertinência quando da habilitação do crédito tributário. Nos casos em que a falência for levantada, afastado o concurso universal de credores, as multas administrativas são exigíveis.

Quanto aos demais alegações verifica-se que todas foram enfrentadas no voto condutor do acórdão recorrido, as quais não merecem reparos, pelo que peço vênias para adotar tais fundamentos como razões adicionais de decidir.

Processo nº 10580.721820/2010-99
Acórdão n.º **1402-00.852**

S1-C4T2
Fl. 0

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares, bem como rejeitar o pedido de perícia e, no mérito, negar provimento ao Recurso.

(assinado digitalmente)
Moisés Giacomelli Nunes da Silva

CÓPIA