MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13116.000194/2005-19
Recurso nº : 147.443
Matéria : IRPJ E OUTROS/SIMPLES - Ex(s): 2004
Recorrente : SÍLVIO FRANCISCO BASTOS (FIRMA INDIVIDUAL)
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-BRASÍLIA/DF
Sessão de : 26 de abril de 2006
Acórdão nº : 103-22.406

Nulidade. Cerceamento do Direito de Defesa. Não há que se falar em cerceamento da defesa quando a exigência fiscal sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis e não se vislumbra, nos autos, que o sujeito passivo tenha sido tolhido no direito que a lei lhe confere para se defender.

Nulidade. Erro na identificação do sujeito. Não há erro na identificação do sujeito passivo, se a fiscalização imputou ao fiscalizado as infrações constantes no auto de infração, lavrado, pois, em nome do infrator, cobrando-lhe a diferença de tributo apurado, se inexistente a comprovação de fatos que, nos termos do direito material, transfiram a responsabilidade tributária a terceiros.

Nulidade. Não assiste razão ao autuado que alega a ausência de apreciação, por parte do órgão *a quo*, dos argumentos exibidos para combater a exasperação da multa, em face da exaustiva explanação da autoridade julgadora, ao fundamentar o seu voto, sobre a questão então suscitada.

Simples. Base de cálculo. Receita bruta e exclusões. O valor devido mensalmente, pelas microempresas e empresas de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação dos percentuais previstos no artigo 5º da Lei nº 9.317/96, e alterações posteriores, sobre a receita bruta mensalmente auferida, excluindo-se as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Multa de Ofício. Agravamento. A falta de declaração ou a prestação de declaração inexata não autorizam por si sós, o agravamento da multa de ofício que somente se justifica quando presente o evidente intuito de fraude, caracterizado pelo dolo específico, resultante da intenção criminosa e da vontade de obter o resultado da ação ou omissão delituosa, descrito na Lei nº 4.502/64.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SÍLVIO FRANCISCO BASTOS (FIRMA INDIVIDUAL).

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir a multa de lançamento "ex officio" majorada de 150% (cento e cinqüenta por cento) ao seu percentual normal de 75% (setenta e cinco por cento), vencidos os Conselheiros Flávio Franco Corrêa (Relator) e Leonardo de Andrade Couto que negaram provimento integral, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Paulo Jacinto do Nascimento.

CANDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE

PAULO JACINTO DO NASCIMENTO
RELATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 28 JUL 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE e ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO.

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso voluntário contra decisão da autoridade julgadora de primeira instância, que julgou procedentes as exigência do IRPJ, PIS, COFINS, CSSL e INSS, relativamente ao ano-calendário de 2003.

Pela clareza do relatório do órgão *a quo*, aproveito para reproduzir o resumo nele constante, *in verbis*:

> *"Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração Imposto de Renda Pessoa Jurídica - Simples e seus reflexos, em virtude de omissão de receitas (receitas escrituradas e não declaradas) e de insuficiência de recolhimento (valores declarados e pagos a menor), relativamente ao ano-base de 2003. (fls. 04 a 59)*
>
> *O valor do crédito tributário apurado perfaz um total de R$ 3.705.974,79, correspondendo aos valores do imposto de renda e das contribuições sociais, acrescidos de multa de ofício e juros de mora. (fls. 03)*
>
> *A capitulação legal dos autos de infração se encontra às folhas 04, 18/19, 23/24, 27/28, 32/33, 36/37, 41/42, 45/46, 50/51, 54/55 e 59/60.*
> *A contribuinte impugna (fls. 221 a 231) os autos de infração constantes do presente processo alegando, em síntese, que:*
>
> *Preliminarmente, argúi que, em sendo o responsável de fato o Sr. Vicente de Souza Lobo (o verdadeiro dono) há evidente erro na identificação do sujeito passivo, acarretando nulidade por cerceamento do direito de defesa;*
>
> *A divergência entre o declarado e o constante de sua escrituração e do demonstrativo apresentado à fiscalização está no conceito da base imponível adotado pela impugnante, o qual consiste no lucro bruto (excluído do ICMS), tal como é considerado para as instituições financeiras e as empresas que comercializam veículos usados, bem como para as empresas que operam com câmbio.*

Inexistente a divergência de base de cálculo, o item insuficiência de recolhimento torna-se improcedente, visto que decorre da omissão apontada nas diferenças de base de cálculo.

O agravamento da penalidade de 75% para 150% está sem motivo fundamentado, apenas foi indicado o percentual. Existe apenas divergência de conceitos na apuração das diferenças, o que implica em declaração inexata, e não em fraude ou simulação que justificaria a aplicação da multa exasperada. A multa agravada de 150% aplica-se nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71 a 73 da Lei 4.502/64.

A ação dolosa caracteriza-se pela distorção ilícita das formas jurídicas e acaba materializando-se na falsidade ideológica ou material, que não é o caso dos autos, pois a documentação foi prontamente apresentada ao auditor fiscal que, inclusive, serviu de base para apurar as diferenças, inexistindo, então, o evidente intuito de fraude.

Por outro lado, o art. 112 do CTN recomenda que a lei tributária que define infrações ou comina penalidades, em existindo dúvida, interpreta-se de modo mais favorável ao acusado."

Ciência da decisão de primeira instância no dia 22.06.2005, à fl. 268, assim ementada:

"Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples
Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

Ementa: *Nulidade - Cerceamento do Direito de Defesa - Erro na Identificação do Sujeito Passivo*
Não há que se falar em cerceamento da defesa quando a exigência fiscal sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis e não se vislumbra nos autos que o sujeito passivo tenha sido tolhido no direito que a lei lhe confere para se defender.
Não ocorre erro na identificação do sujeito passivo, se a fiscalização não descaracterizou a personalidade jurídica e/ou os atos constitutivos da impugnante.

Base de Cálculo – Receita Bruta - Exclusões
O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação de certos percentuais sobre a receita bruta mensal auferida,

excluindo-se as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Multa Qualificada
Declarando a menor seus rendimentos, a contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. A prática sistemática, adotada durante todo o ano-calendário, caracteriza a conduta dolosa. Tal situação fática se subsume perfeitamente aos tipos previstos nos art. 71, inciso I, e 72 da Lei n.º 4.502/1964.

Lançamento Procedente."

Recurso a este Colegiado com entrada na repartição de origem 20.07.2005, às fls. 285/298. Bens arrolados às fls. 299\300.

Nesta oportunidade, reproduz, em regra, as mesmas razões já aduzidas na impugnação, acrescentando, ainda, que o órgão *a quo* não apreciou a questão relativa à falta de motivação do agravamento da sanção, o que revelaria inequívoca nulidade da decisão recorrida, afora a alegação de inovação do feito, na manutenção da multa, tal o supedâneo em argumentos que só foram considerados para justificar o percentual aplicado.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheiro FLÁVIO FRANCO CORRÊA - Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso. Dele conheço.

A recorrente afirma que "não há provas de haver um terceiro como responsável tributário nos presentes autos, apenas ilações da fiscalização sem a concretização do alegado" (fls. 289). Realmente, não percebo nada além de ilações do Fisco Estadual. Nesse sentido, admite o autuado, por via reflexa, que o auto de infração deveria ser lavrado em nome de Silvio Francisco Bastos, como, de fato, ocorreu, razão pela qual não acolho a alegação de cerceamento do direito de defesa, já que o interessado – Silvio Francisco Bastos – compareceu aos autos para defender-se.

No que toca à inexistência de apreciação, por parte do órgão *a quo*, dos argumentos exibidos para combater a exasperação da multa, não assiste razão ao autuado. Percebe-se, às fls. 244/246, longa e exaustiva explanação da autoridade julgadora, ao fundamentar o seu voto.

No que toca ao mérito, perfeita é a apuração da base de cálculo, considerando a recorrente como optante pelo regime do Simples, que goza de tratamento diferenciado, consoante o artigo 179 da Carta Magna. Vale dizer, não há que se falar, neste caso, em lucro bruto como base imponível, tal e qual o que é autorizado às financeiras, ou conforme o admitido pela lei para as pessoas jurídicas que comercializam veículos usados ou com as operadoras de câmbio, segundo pleiteia. Como assinalou a decisão guerreada, os tributos devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte inscritas no Simples são determinados mediante a aplicação dos percentuais previstos na Lei nº 9.317, de 1996, em seu artigo 5º. Diante disso, não há reparos no lançamento.

Sobre a multa agravada, sigo o entendimento da DRJ, observando que a fiscalizada somente submeteu à tributação a singela parcela de 2,74% da receita total auferida em 2003, malferindo o regime simplificado e favorecido oferecido pelo ordenamento às empresas que se cumprem os pressupostos do Simples. Aproveito, neste ponto, para reproduzir o seguinte treco do pronunciamento do relator de primeira instância, que cabe como luva à situação fática em exame:

> *"Ora, declarando a menor suas receitas com intuito de furtar-se à tributação mais gravosa, a contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal.*
>
> *E, a prática de reduzir sua receita (em média anual ofereceu à tributação apenas 2,74% da sua receita total), substancialmente, com finalidade de manter-se em sistema de pagamento de tributos e contribuições mais benéfico, e de modo reiterado durante todos os meses de 2003, caracteriza a conduta dolosa e premeditada, cuja situação fática se subsume perfeitamente aos tipos previstos nos arts. 71 e 72 da Lei n.º 4.502/1964, ainda que a contribuinte tenha escriturado corretamente suas receitas nos livros de Apuração do ICMS. Além disso, a redução da receita acumulada em cada mês forçou aplicação de percentual menor que o devido, diminuindo assim o imposto e as contribuições devidas. (ver folhas 71/73)*
>
> *Por outro lado, declarando a menor suas receitas, a contribuinte aposta na consumação do prazo decadencial. Não se efetuando o lançamento dos tributos nas Declarações, ficaria a Fazenda Pública, se não efetuado o lançamento de ofício no prazo decadencial, impossibilitada de promover a inscrição na Dívida Ativa e propor a competente ação de execução.*
>
> *Assim, resta cristalino que o caso dos autos diz respeito ao evidente intuito de fraude e não à declaração inexata, como pretende a contribuinte, sendo inaplicável a jurisprudência do Conselho de Contribuintes trazida à baila, bem como inaplicável o art. 112 do CTN, pois não há dúvida quanto: I - à capitulação legal do fato; II - à natureza ou às circunstancias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III – à autoria, imputabilidade, ou*

punibilidade; IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação."

Pelo exposto, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 26 de abril de 2006

FLÁVIO FRANCO CORRÊA

VOTO VENCEDOR

Conselheiro PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, Relator Designado

Discordo do erudito voto prolatado pelo Eminente Relator Flávio Franco Corrêa, na parte em que contraria a majoritária jurisprudência desta Câmara, que consolidou-se no sentido de que a falta de declaração ou a prestação de declaração inexata, por si sós, não autorizam o agravamento da multa.

Aliás, é a própria Lei nº 9.430/96 que, no inciso I do art. 44, inclui a falta de declaração e a declaração inexata, ao lado da falta de pagamento e do pagamento fora do prazo sem o acréscimo da multa de mora, como hipóteses em que a multa aplicável é de setenta e cinco por cento, dispondo:

> *"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;"*

Para que as hipóteses apontadas no inciso I como passíveis da incidência de multa de setenta e cinco por cento passem a sofrer a incidência da multa de cento e cinqüenta por cento, exige o inciso II, a presença de evidente intuito de fraude, com a seguinte dicção:

> *"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".*

No dizer de De Plácido e Silva, intuito é o firme desejo, o objetivo pensado, ou o resultado querido; a finalidade, que se tem em mente, quando se pratica o

ato e fraude é o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade, ou fuga ao cumprimento do dever; enquanto que, segundo o Dicionário Aurélio, evidente é o que não oferece dúvida, que se compreende prontamente, dispensando demonstração, claro, manifesto, patente.

Não satisfeito com os atributos já conferidos ao tipo, o legislador da Lei nº 9.430/96, para o seu fechamento, incorporou a definição dada pelos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, que o conceitua como "toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido ou a evitar ou diferir o seu pagamento", bem como "o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais e das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente".

Assim, o dolo específico ou determinado, resultante da intenção criminosa e da vontade de obter o resultado da ação ou omissão delituosa, descrito na Lei nº 4.502/92, integra o tipo de que cogita o art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

Na conduta da recorrente, consistente na omissão de receitas, não vislumbro o tipo do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e entendo que ele se subsume no tipo do inciso I, apenado com a multa de 75% (setenta e cinco por cento).

Por tais fundamentos, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de lançamento de ofício ao percentual de 75% (setenta e cinco por cento).

Sala das Sessões, DF, 26 de abril de 2006.

PAULO JACINTO DO NASCIMENTO