



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000286/2005-06
Acórdão nº : 103-22.984

Processo nº : 13433.000286/2005-06
Recurso nº : 148.354
Matéria : IRPJ E OUTROS - Ex(s): 2003 a 2005
Recorrente : ANTONIO EDILTON QUEIROZ (ME)
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE
Sessão de : 25 de abril de 2007.
Acórdão nº : 103-22.984

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. JULGAMENTO. PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO. ERRO. Não implica em nulidade do julgamento erro de fato cometido na proclamação do resultado do qual não resultou prejuízo para o contribuinte.

RECURSO DE OFÍCIO. Para o cabimento do recurso de ofício é necessário que os valores excluídos superem o valor de alçada.

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO. Cabível a exclusão de ofício da sistemática do SIMPLES pelo excesso de receita, respeitando-se a empresa excluída, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. LEGITIMIDADE. Legítimo o arbitramento do lucro ante a não apresentação dos livros e documentos da escrituração comercial e fiscal.

RECEITA BRUTA. APURAÇÃO COM BASE NOS LIVROS DE ICMS. Não constitui prova emprestada a utilização do Livro de Apuração do ICMS para apuração da receita bruta, sendo do contribuinte o ônus da prova da existência de saídas que não configuram receitas.

PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO. MULTA. A multa, necessariamente sanção de ato ilícito, há de ser um ônus significativamente pesado, capaz de desestimular a conduta ensejadora da sua cobrança, pelo que a ela não se aplica o princípio do não confisco.

MULTA QUALIFICADA. A falta de declaração ou a prestação de declaração inexata, por si sós, não autorizam a qualificação da multa, que somente se justifica quando comprovado o evidente intuito de fraude, caracterizado pelo dolo específico, resultante da intenção criminoso e da vontade de obter o resultado da ação ou omissão delituosas, descrito na Lei nº 4.502/64.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS E COFINS. Face à íntima relação de causa e efeito entre eles existente, aplica-se aos lançamentos reflexos o decidido em relação ao lançamento principal.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

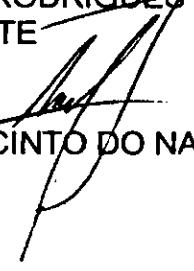
Processo nº : 13433.000286/2005-06
Acórdão nº : 103-22.984

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ANTONIO EDILTON QUEIROZ (ME).

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* qualificada de 150% ao seu percentual normal de 75%, vencidos os conselheiros Leonardo de Andrade Couto e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que não admitiram a exoneração da exasperadora, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 15 JUN 2007

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





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000286/2005-06
Acórdão nº : 103-22.984

Recurso nº : 148.354
Recorrente : ANTONIO EDILTON QUEIROZ (ME)

RELATÓRIO

Aos 12/05/05, se deu ciência à contribuinte dos autos de infração de IRPJ, PIS, COFINS e CSLL, relativos aos anos-calendário de 2002, 2003 e 2004, lavrados em decorrência dos seguintes fatos:

- No ano calendário de 2001, a empresa, optante pelo SIMPLES, ultrapassou o limite de receita bruta para permanência no sistema, pelo que dele foi excluída de ofício, com efeitos a partir de 01/01/2002.
- Não possuindo escrituração contábil que possibilitasse a apuração do lucro real, o lucro foi arbitrado, considerando-se como base de cálculo a receita bruta declarada no SIMPLES e os valores de omissão de receitas apurados no Livro de Apuração de ICMS.
- Excluída do SIMPLES, a contribuinte se sujeita ao recolhimento da COFINS e do PIS.
- Havendo a contribuinte declarado apenas cerca de 10% da receita auferida, sobre a receita omitida foi aplicada a multa qualificada de 150%.

Impugnando os lançamentos, a contribuinte, em preliminar, reclama que foi excluída do SIMPLES sem direito à defesa e ao contraditório e que foi autuada antes do julgamento da exclusão, até mesmo porque a extrapolação do limite da receita bruta foi obtida com base tão somente em dados fornecidos pela Coletoria do Estado do Rio Grande do Norte que a contribuinte tem o direito de impugnar, pedindo, por isso mesmo, o sobrestamento dos autos de infração até o julgamento final do processo de exclusão.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000286/2005-06
Acórdão nº : 103-22.984

No mérito, contesta a utilização das informações fornecidas pelo fisco estadual, alegando ser prova emprestada, dizendo-as imprestáveis para auferir a receita bruta, pois podem conter saídas sem a receita correspondente.

Alega erro na base de cálculo, dado que a autoridade autuante considerou cumulativamente os valores declarados e os valores registrados no livro de ICMS, duplicando-a.

Solicita a consideração dos valores efetivamente pagos no SIMPLES.

Afirma que as multas de 150% e 75% são inconstitucionais.

Suscita a ilegalidade da aplicação da taxa SELIC a título de juros de mora.

A primeira instância julgadora deu pela procedência dos lançamentos, reconhecendo, no entanto, o direito da contribuinte de ver compensados os valores recolhidos pela sistemática do SIMPLES.

Dessa decisão recorre a contribuinte, renovando todas as alegações esposadas na impugnação às quais acrescenta a preliminar de nulidade da decisão recorrida, não só por conter contradição entre o voto condutor e a ementa, pois enquanto o voto é no sentido de considerar procedentes em parte os lançamentos, a ementa os considera procedentes nos termos do relatório mas também pela ausência de recurso de ofício, e, no mérito, critica a utilização dos valores recolhidos para compensação com as exigências às quais foi aplicada a multa de 75%, requerendo a sua compensação com as exigências sujeitas à multa de 150%.

A autoridade preparadora atesta a existência do arrolamento de bens em processo apartado.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000286/2005-06
Acórdão nº : 103-22.984

V O T O

Conselheiro PAULO JACINTO DO NASCIMENTO, Relator

Preenchendo o recurso os requisitos de admissibilidade, dele conheço.

É verdade que, na proclamação do resultado do julgamento se consignou que a decisão fora no sentido de, por unanimidade, considerar procedentes os lançamentos nos termos do relatório, voto e conclusão que integram o julgado, contrariando, assim, o voto condutor que foi no sentido de considerar os lançamentos procedentes em parte.

Trata-se à evidência, de erro de fato que, se detectado a tempo e a hora, poderia ter sido corrigido de ofício na própria instância que o cometeu.

Por outro lado, do erro não resultou qualquer prejuízo para a contribuinte, vez que não se retirou o que lhe foi reconhecido no voto, constando expressamente em um dos itens da ementa que os recolhimentos feitos pela sistemática do SIMPLES devem ser considerados, não cabendo, por isto mesmo, decretar a nulidade da decisão.

De outra parte, não alcançando os valores excluídos o valor de alçada, não há que se falar em recurso de ofício.

No que pertine ao procedimento de exclusão do SIMPLES, decorrente do excesso de receita, o mesmo se desenvolveu de acordo com a norma de regência, assegurando-se à recorrente o exercício do direito de defesa e do contraditório.

Diante disso, rejeito as preliminares suscitadas.

Quanto ao mérito, a receita bruta foi apurada com base no Livro de Apuração do ICMS apresentado pela recorrente e por ela própria escriturado, contendo



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000286/2005-06
Acórdão nº : 103-22.984

os valores que havia declarado à Receita Estadual e omitido à Receita Federal, não se tratando, portanto, de prova emprestada, obtida junto ao fisco estadual.

Nesse contexto, não pode ser acolhida alegação genérica, desacompanhada de qualquer prova, de que os valores escriturados no Livro de Apuração do ICMS nem sempre refletem a receita bruta, porque podem existir saídas de mercadoria que não traduzem receita.

Insurge-se a recorrente contra as multas aplicadas, dizendo-as ofensivas ao princípio do não confisco.

A Constituição Federal, no seu art. 150, inciso IV, veda a utilização de tributo com efeito de confisco. Contudo, não me parece que o princípio do não confisco possa ser invocado para invalidar a imposição de multas que, por serem elevadas, sejam consideradas confiscatórias.

Como ensina o ilustre professor ZELMO DENARI (Curso de Direito Tributário, 6ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 63), "as multas fiscais são ontologicamente inconfundíveis com os tributos. Enquanto estes derivam de hipótese material de incidência tributária, aqueles decorrem do descumprimento dos deveres administrativos afetos aos contribuintes, vale dizer, da inobservância de condutas administrativas legalmente previstas".

A literalidade do dispositivo constitucional, "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito confiscatório", já leva à conclusão de que o princípio do não confisco não se aplica às multas, conclusão esta que se robustece quando se analisam os elementos lógico-sistêmico e teleológico que justificam a incidência de penalidades.

No plano lógico-sistêmico do Direito Tributário, a multa difere do tributo porque na sua hipótese de incidência a ilicitude é essencial, enquanto a hipótese de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000286/2005-06
Acórdão nº : 103-22.984

incidência do tributo é sempre algo lícito. A multa é, necessariamente, uma sanção de ato ilícito, e o tributo, pelo contrário, não constitui sanção de ato ilícito. Assim, por serem tributo e multa ontologicamente distintos, à multa não pode ser aplicado o regime jurídico do tributo.

No plano teleológico ou finalístico, a distinção é ainda mais evidente. A finalidade do tributo é suprir o Estado dos recursos financeiros de que necessita, constituindo uma receita ordinária. A finalidade da multa é desestimular um comportamento, constituindo uma receita extraordinária ou eventual, e não uma receita pública ordinária.

Por constituir receita ordinária, o tributo deve ser um ônus suportável, do qual o contribuinte possa se desincumbir sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isto mesmo é que não pode ser confiscatório. A multa, diversamente, para alcançar a sua finalidade, há de ser um ônus significativamente pesado, capaz de desestimular a conduta ensejadora da sua cobrança. Por isto mesmo pode ser confiscatória.

Essas razões levaram a professora MISABEL DERZI, na atualização da obra de Aliomar Baleeiro, "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 579, a afirmar: "no exame dos efeitos confiscatórios do tributo, deve ser feita abstração de multa e juros acaso devidos. As sanções, de modo geral, desde a execução judicial até as multas, especialmente em caso de acumulação, podem levar à perda substancial do patrimônio do contribuinte, sem ofensa ao direito".

No mesmo sentido, a contundente posição de HUGO DE BRITO MACHADO:

"O princípio do não-confisco, segundo o qual é vedado ao Poder Público utilizar tributo com efeito de confisco, consubstanciado no art. 150, inciso IV, da vigente Constituição Federal, é necessário para tornar o tributo compatível com a garantia do livre exercício de atividades econômicas. Se fosse possível tributo confiscatório, estaria negada aquela garantia."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000286/2005-06
Acórdão nº : 103-22.984

Como a atividade econômica constitui o suporte mais geral da tributação, bastaria a instituição de tributo confiscatório para impedir o seu exercício. Tem-se, pois, que a garantia do não-confisco é na verdade um reforço, ou mesmo uma explicitação da garantia do exercício da atividade econômica.

Às multas, porém, não se aplica aquela garantia, pois seria absurdo dizer que a Constituição garante o exercício da ilicitude. As multas têm como pressuposto a prática de atos ilícitos, e por isto mesmo garantir que elas não podem ser confiscatórias significa na verdade garantir o direito de praticar atos ilícitos”.

(Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988, 4ª Edição, Dialética, São Paulo, 2001, p. 106/107).

Por tais razões, não merece prosperar a pretensão da recorrente de ver afastadas, ao argumento de serem confiscatórias, as multas que lhe foram aplicadas.

Contudo, no que diz respeito à aplicação da multa de ofício no percentual de 150%, ao abrigo do entendimento majoritário desta Câmara, do qual participo, a tenho por indevida.

Com efeito, 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000286/2005-06
Acórdão nº : 103-22.984

cinquenta por cento, exige o inciso II, a presença de evidente intuito de fraude, com a seguinte dicção:

"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".

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.



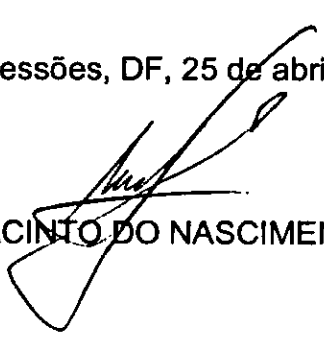
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000286/2005-06
Acórdão nº : 103-22.984

Na conduta da recorrente, consistente em não informar ao fisco federal a totalidade das receitas escrituradas no Livro de Apuração do ICMS, não enxergo o tipo do inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96 e entendo que ela se subsume no tipo do inciso I, apenado com a multa de 75%.

Por tais fundamentos, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para afastar a multa qualificada, reduzindo-a ao percentual de 75%.

Sala das Sessões, DF, 25 de abril de 2007.


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO 