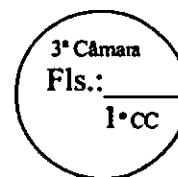




MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA



Processo nº : 13433.000287/2005-42
Recurso nº : 148.355
Matéria : IRPJ E OUTROS - Ex(s): 2002
Recorrente : ANTONIO EDILTON QUEIROZ (FI)
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE
Sessão de : 17 de outubro de 2007
Acórdão nº : 103-23.221

SIMPLES – RECOLHIMENTOS A MENOR – Legítimo o lançamento de ofício das diferenças apuradas relativas a recolhimentos de valores declarados a menor em face da utilização de alíquota inferior a aplicável.

SIMPLES – BASE DE CÁLCULO – Procede a exigência dos tributos componentes do SIMPLES calculados sobre a diferença da receita bruta declarada e a registrada no Livro de Apuração do ICMS.

RECEITA BRUTA – APURAÇÃO – PROVA EMPRESTADA – 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 configurou receitas.

MULTA NÃO-CONFISCO – 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 criminosa e da vontade de obter o resultado da ação ou omissão delituosas, descrito na Lei nº 4.502/64.

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

Recurso parcialmente provido.

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

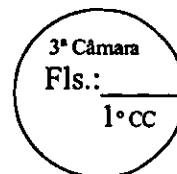
ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para

148.355*MSR*07/11/07



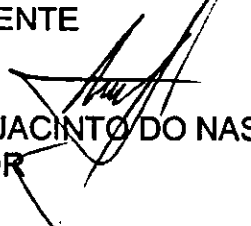
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000287/2005-42
Acórdão nº : 103-23.221



excluir a qualificação da multa de ofício, reduzindo seu percentual para 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LUCIANO DE OLIVEIRA VALENÇA
PRESIDENTE


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 09 NOV 2007

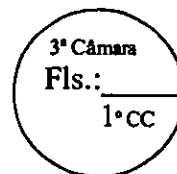
Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, LEONARDO DE ANDRADE COUTO, ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO e GUILHERME ADOLFO DOS SANTOS MENDES.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000287/2005-42
Acórdão nº : 103-23.221

Recurso nº : 148.355
Recorrente : ANTONIO EDILTON QUEIROZ (FI)



RELATÓRIO

Aos 12/05/05 a contribuinte, optante pelo SIMPLES, foi cientificada dos autos de infração que constituíram créditos tributários de IRPJ, PIS, COFINS, CSLL e INSS, face a insuficiência de recolhimento pela utilização de alíquotas inferiores às efetivamente aplicáveis e a diferença entre os valores de receita declarados e os constantes do Livro de Apuração do ICMS.

Impugnando o lançamento, a autuada, 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 de receita bruta foi apurada 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.

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

Alega erro na base de cálculo, dado que a autoridade fiscal considerou cumulativamente os valores declarados e os valores registrados no Livro do ICMS, duplicando-a:

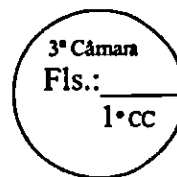
Afirma que as multas de ofício de 150% e 75% são inconstitucionais.

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000287/2005-42
Acórdão nº : 103-23.221



A primeira instância julgadora deu pela procedência do lançamento em decisão assim ementada:

*"Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples
Ano-calendário: 2001*

Ementa: INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Cobra-se através de lançamento de ofício as diferenças apuradas relativas a recolhimentos ou valores declarados a menor em face de utilização de alíquota inferior a efetivamente aplicável.

DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO.

Tendo a contribuinte declarado valores de receita bruta inferiores aos constantes do livro de apuração do ICMS, procede a cobrança dos imposto e contribuições componentes do SIMPLES calculados sobre a diferença não declarada.

Lançamento Procedente".

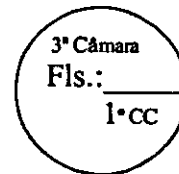
Contra essa decisão é o presente voluntário, no qual a recorrente reproduz as mesmas razões esposadas na impugnação.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000287/2005-42
Acórdão nº : 103-23.221



VOTO

Conselheiro PAULO JACINTO DO NASCIMENTO - Relator

Os valores exigidos nestes autos se referem a tributos devidos no regramento do SIMPLES, relativos a fatos geradores ocorridos antes da exclusão da recorrente desse sistema, sendo impertinente a preliminar suscitada de ausência do contraditório no processo de exclusão, pelo que a rejeito.

Quanto ao mérito, a receita bruta foi apurada com base no Livro de Apuração do ICMS escriturado e apresentado pela própria recorrente, contendo os valores declarados à Receita Estadual e omitidos 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 mercadorias que não traduzem receita.

Inexiste, por outro lado, o alegado erro na determinação da base de cálculo, pois da receita escriturada foi considerada a parte declarada e a parte omitida, aplicando-se a multa de 75% à primeira e a multa de 150% à segunda.

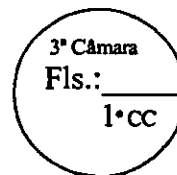
No que pertine ao inconformismo da recorrente com as multas lançadas, é bem verdade que a Constituição Federal, no seu art. 150, inciso IV, veda a utilização de tributo com efeito de confisco. Contudo, não me parece que o princípio do não confisco possa ser invocado para invalidar a imposição de multas 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000287/2005-42
Acórdão nº : 103-23.221



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 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.

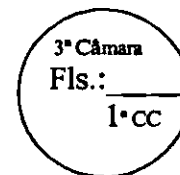
No plano teleológico ou finalístico, a distinção é ainda mais evidente. A finalidade do tributo é suprir o Estado dos recursos financeiros de que necessita, constituindo uma receita ordinária. A finalidade da multa é desestimular um comportamento, constituindo uma receita extraordinária ou eventual,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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000287/2005-42
Acórdão nº : 103-23.221



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. 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.

As 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).

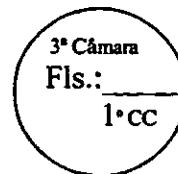
Por tais razões, não merece prosperar a pretensão da recorrente de ver afastadas, ao argumento de serem confiscatórias, as multas que lhe foram aplicadas.

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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000287/2005-42
Acórdão nº : 103-23.221



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 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".

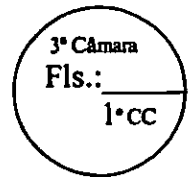
No dizer de De Plácido e Silva, intuito é o firme desejo, o objetivo pensado, ou o resultado querido; a finalidade, que se tem em mente, quando se pratica o ato e fraude é o engano malicioso ou a ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade, ou fuga ao cumprimento do dever; enquanto 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13433.000287/2005-42
Acórdão nº : 103-23.221



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".

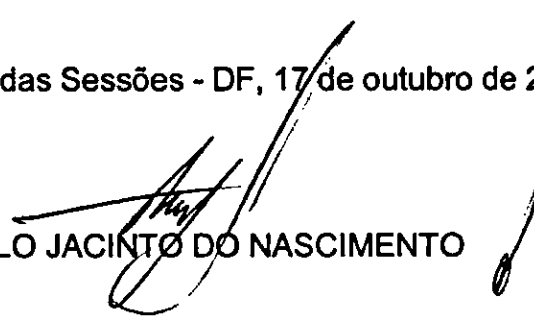
Assim, o dolo específico ou determinado, resultante da intenção criminosa e da vontade de obter o resultado da ação ou omissão delituosa, descrito na Lei nº 4.502/92, integra o tipo de que cogita o art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

Na conduta da recorrente, consistente 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%.

Quanto ao uso da taxa SELIC a título de juros de mora, a Súmula nº 4 deste Primeiro Conselho de Contribuintes, pacificou a matéria, dispondo: "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 tais fundamentos, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para afastar a multa de lançamento de ofício qualificada, reduzindo-a ao percentual normal de 75%.

Sala das Sessões - DF, 17 de outubro de 2007


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO