



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

Processo n° 16004.720366/2013-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1401-002.879 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de agosto de 2018
Matéria IRPJ
Recorrente HBUSTER DO BRASIL, INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2008

REEXAME PERÍODO FISCALIZADO E REVISÃO DE LANÇAMENTO.
PROCEDIMENTOS DISTINTOS.

O Reexame de período já fiscalizado, na circunstância em que cuida tão somente de complementação de constituição de crédito tributário em relação a matérias diversas das alcançadas pelo procedimento fiscal anterior, não se confunde com REVISÃO DE LANÇAMENTO, não se submetendo, assim, às disposições do art. 149 do CTN.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

Não ocorre a nulidade do auto de infração quando a autoridade fiscal demonstra de forma suficiente os motivos pelos quais o lavrou, possibilitando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa ao contribuinte e sem que seja comprovado o efetivo prejuízo ao exercício desse direito.

NULIDADE DA DECISÃO DE 1a. INSTÂNCIA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE.

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida (STJ, EDcl no MS 21315 / DF, S1 - DJe 15/06/2016).

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. APLICABILIDADE.

Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos ou não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. No

caso concreto, porém, percebe-se que não se trata de uma situação isolada de omissão de receitas, de valor de pequena monta, não reincidente, que se poderia interpretar como mero erro material, ou seja, situada dentro do campo da inadimplência; trata-se de fatos que se enquadram de forma inequívoca na definição de sonegação e fraude fiscais, pois demonstram o desígnio deliberado, por parte da empresa recorrente, de impedir a ocorrência do fato gerador, assim como de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária de sua ocorrência, hipóteses suscetíveis à qualificação da multa de ofício.

MULTA. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

À autoridade julgadora é vedado afastar a aplicação da lei sob fundamento de inconstitucionalidade, pelo que é impossível apreciar as alegações de ofensa aos princípios constitucionais da vedação ao confisco, razoabilidade e proporcionalidade. Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

JUROS DE MORA E TAXA SELIC.

Súmula CARF 03: É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais. Súmula CARF nº 4: 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.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DOS SÓCIOS.

Uma vez comprovado que as condutas dolosas não foram adstritas apenas a alguns fatos isolados, mas sim ao próprio modo de operação da empresa, é legal a atribuição de responsabilidade tributária a todos os sócios administradores.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos afastar as arguições de nulidade e no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário do Sr. He Xing.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto Souza Gonçalves- Presidente.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Rodrigo de Oliveira Barbosa, Livia de Carli Germano,

Abel Nunes de Oliveira Neto, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Cláudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga, Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela contribuinte em face do Acórdão 16055.717 1ª Turma da DRJ/SP1 que manteve o lançamento, quando por unanimidade de votos rejeitou as preliminares de nulidade e decadência e no mérito julgou improcedente a impugnação mantendo a glosa em relação às receita omitidas com qualificação de multa em razão de verificação de fraude, bem como a responsabilidade dos solidários He Xing e Luiz Carlos Monacci.

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo parcialmente o relatório que integra a decisão de piso:

Trata-se de ação fiscal com lançamentos do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 6.139.200,77 (fls. 8251), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), no valor de R\$ 2.811.842,23 (fls. 8269); da Contribuição para o Programa de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pis/Pasep), no valor de R\$ 1.217.972,23 (fls. 8295); e, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), no valor de R\$ 5.604.615,42 (fls. 8287), incluídos neste valor a multa de ofício e os juros de mora devidos até setembro/2013.

O lucro da contribuinte foi arbitrado com suporte no art. 530, incisos II, b e III, do RIR/1999. Os enquadramentos legais das infrações, penalidades e os juros moratórios encontram-se apontados nos respectivos campos de preenchimento dos autos de infração de fls. 8251/8302

[...]

A multa de ofício foi fixada em 150% do valor do tributo exigido, com suporte no Art. 44, inciso I, e § 1º, da Lei nº 9.430/96 com a redação dada pelo art. 14 da Lei nº 11.488/07 e, os juros de mora, com fundamento no Art. 61, § 3º, da lei nº 9.430/96.

As exigências fiscais vêm consubstanciadas nos campos próprios dos autos de infração, bem como no Termo de Verificação Fiscal de fls. 8318/8343, em que os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil designados a proceder à fiscalização relatam, em síntese, que:

(a) A contribuinte, apesar de regularmente intimada, não apresentou os livros auxiliares de sua escrituração;

(b) A partir de informações obtidas junto a seus clientes, constatou-se que a contribuinte escriturou, nos Livros Registro de Saídas de sua filial, valores inferiores àqueles constantes nas notas fiscais de saída emitidas por esse mesmo estabelecimento;

(c) Há evidentes indícios de que a contribuinte praticou fraude contábil, como o fato de sua filial não ter se manifestado em relação à intimação para apresentar suas notas fiscais; pela constatação de que os valores escriturados em sua contabilidade, em especial os relativos a receitas, estavam de acordo com os valores dos Livros de Registro de Saídas e na DIPJ, mas não representavam os valores reais das operações realizadas, na tentativa de ludibriar a fiscalização;

(d) O lucro da contribuinte foi arbitrado uma vez que foram constatados indícios de fraude em sua escrituração, bem como pelo fato de a fiscalizada ter deixado de apresentar seus livros auxiliares;

(e) A base de cálculo do IRPJ foi determinada a partir da soma dos valores da receita bruta escriturada em seus Livros Registro de Saídas e o valor omitido correspondente à diferença entre os valores escriturados nesses livros e aqueles constantes nas notas fiscais de sua emissão, obtidos de seus clientes, sobre o qual foi aplicado o percentual de 9,6% sobre a receita bruta conhecida, ao passo que a da CSLL, foi aplicado o percentual de 12%;

(f) A base de cálculo do PIS e da Cofins foi obtida a partir da receita bruta conhecida apurada mensalmente pelo regime cumulativo, uma vez que ocorreu o arbitramento.

(g) Dos valores apurados de ofício, foram deduzidos aqueles confessados em Dctf;

(h) A aplicação da multa qualificada decorreu da constatação de que a fiscalizada atuou com evidente intuito de fraude, conforme descrição dos fatos;

(i) Os Senhores HE XING, na qualidade de administrador e representante da HB BR e LUIZ CARLOS MONACCI, na condição de preposto, intencionalmente, apresentaram à Receita Federal informações inexatas com a finalidade de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza e circunstâncias materiais, reduzindo o pagamento dos tributos devidos à Fazenda Nacional, configurando atos praticados com infração de lei, sendo responsáveis solidários pelo crédito tributário constituído, nos termos dos artigos 124, inciso I, e 135, inciso II e III do CTN, seguindo-se os respectivos Termos de Sujeição Passiva Solidária às fls. 8344/8347.

Apreciadas as impugnações, foi reconhecida a inexistência de cerceamento de defesa, pois há nos autos prova de que foi disponibilizado aos contribuinte acesso aos autos pra promoção de sua defesa; afastada a decadência em razão do reconhecimento da existência de fraude, o lançamento foi julgado procedente mantida a glosa das receitas omitidas, o arbitramento, mantida a multa qualificada e a responsabilidade dos solidários.

A ciência do resultado do julgamento pela DRJ deu-se em 26/03/2014 (fl. 8.536), 13/08/2014 (fl. 8.554) e 14/08/2014 (fl. 8.557) respectivamente para a empresa, He Xing e Luiz Carlos Monacci, sendo o Recurso Voluntário protocolado respectivamente em 04/09/2014 (fl. 8.651), 04/09/2014 (fl. 8.611) e 17/09/2014 (fl. 8.562), conforme certificado pela DRF antes de encaminhar o processo ao CARF para julgamento. Ha ainda Termo de Perempção em relação à empresa (fl. 8547), considerando que a intimação dela se deu por meio eletrônico.

Por ocasião do julgamento dos Recursos Voluntários interpostos, eles não foram conhecidos, conforme Termo de Perempção certificado pela AFRF de origem fls. 8547.

Intimada sobre o Resultado do julgamento, o responsável solidário He Xing, propôs Ação Anulatória judicial a fim de ter reconhecida a tempestividade de seu Recurso Voluntário demonstrando que o seu protocolo havia sido tempestivo, o pleito foi atendido e por determinação judicial foi deferida tutela de urgência para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário apurado no processo administrativo nº 16004.720366/2013-21, em face do autor He Xing até julgamento definitivo do recurso voluntário pelo CARF.

Assim os autos retornaram para análise por esse colegiado.

Era o der essencial a ser relatado.

Passo a decidir

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.

Conforme relatado, está sob julgamento apenas o recurso do solidário He Xing de fls. 8618/8651, encaminhado via postal no dia 04/09/2014 (fls. 8651), após intimado em 13/08/2014 (fl. 8.554), haja vista que o não conhecimento dos recursos da empresa e do contador incluído como solidário Luiz Carlos Monacci, foram certificados intempestivos, sem que houvesse qualquer contestação sobre isso.

Feitas essas considerações, temos que a acusação fiscal versa sobre omissão de receitas na atividade de venda de produtos de fabricação própria e na revenda de mercadorias durante o ano de 2008, tendo a apuração de dado pelo arbitramento do lucro com base na receita conhecida mensalmente, houve aplicação de multa qualificada.

O Recurso voluntário em análise reclama nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, decadência parcial em relação aos fatos geradores até agosto de 2008, por conta da aplicação da regra do art. 150, parágrafo 4o. do CTN; nulidade do lançamento por ofensa aos art. 145 e 149 do CTN, afastamento de sua responsabilidade baseada no art. 135, III do CTN e inexistência de motivação para reexame do período fiscalizado que tornaria o lançamento nulo nos termos dos artigos 145 e 149 do CTN.

Preliminares:

Alega a Recorrente que o período autuado já tinha sido fiscalizado e, uma vez que esse reexame não teria sido motivado, estar-se-ia ofendendo aos artigos 145 e 149 do CTN.

Isto porque, logo na introdução do Termo de Verificação Fiscal, a autoridade fiscal admite que aqui tratamos de reexame de período já fiscalizado com relação ao ano de 2008. A fiscalização primitiva teria sido realizada com base no Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) 08.1.1.13.00-2010-00061-5, sendo que este supostamente envolveria os tributos IPI, PIS e COFINS. No entanto, como não juntou cópia do referido MPF original, a fiscalização impediu que o recorrente apresentasse argumentos sobre a veracidade de tais informações, causando cerceamento de defesa.

Segue argumentando que caso a nulidade suscitada não seja declarada, o lançamento baseado em reexame de período já fiscalizado foi realizado em ofensa aos arts. 145 e 149 do CTN e ao art. 50, inciso VI da Lei 9.784/99, pois a autoridade fiscal consignou a existência de autorização para reexame de período já fiscalizado conforme documento que consta dos autos. Porém, tal documento não apontou qualquer motivação para justificar o reexame autorizado, limitando-se a citar dispositivos da legislação que exigem a autorização. Tratando-se de ato administrativo sem motivação, tal autorização segundo ela seria nula.

Neste seguir, reconheço que por ocasião da análise do processo 16004.720375/2013-12, originado do mesmo MPF, votei no sentido de assistir razão à recorrente, contudo reavaliando a situação, confrontando os fatos dos autos e as considerações feitas pelo Conselheiro Guilherme Mendes em seu voto vencedor naquele processo, verifico realmente ser o caso de não reconhecer a nulidade arguida.

De acordo com as considerações do Conselheiro em seu voto vencedor:

Com relação à não apresentação pela autoridade do MPF anterior, não havia tal ônus. Afinal, não podemos perder de vista que a autoridade fiscal tem competência para lançar inclusive sem a emissão de MPF, como já assentado na jurisprudência administrativa. A título exemplificativo, transcrevo a ementa do Acórdão 1201001.574, de 02/03/2017:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. O Mandado de Procedimento Fiscal representa mero instrumento de controle interno da Administração Tributária, não podendo dar causa à nulidade do lançamento eventual irregularidade na sua emissão ou prorrogação.

Se a autoridade tivesse simplesmente realizado o lançamento, sem qualquer menção a um MPF anterior, cuja emissão nem sequer é essencial para a validade da constituição do crédito tributário, caberia ao recorrente provar que já havia sido fiscalizado anteriormente no período e que o requisito da autorização para o reexame não havia sido cumprida.

Em segundo lugar, deve ficar caracterizado um efetivo prejuízo para o administrado, o que não se caracterizou no presente feito pela razão que apontamos acima e porque o reexame é ato discricionário do Delegado da Receita Federal de forma similar ao ato de início de uma fiscalização. Aliás, é por isso que também não deve prosperar a alegação de ausência de motivação do ato de reexame.

Da mesma forma que a autoridade fiscal não precisa explicitar as razões que a levaram a fiscalizar uma empresa, o delegado não é obrigado a tornar público os motivos que o levaram a autorizar uma nova fiscalização.

Apontar tais motivos implicaria revelar quais são os critérios adotados pelas autoridades para selecionar os contribuintes a serem fiscalizados e, com base nessas informações, poderiam os contribuinte burlar os critérios de seleção e a própria fiscalização.

É por essa razão que o Código Tributário Nacional, em seu art. 3º, estabelece como vinculada apenas a atividade de cobrar, pois a fiscalização é tipicamente discricionária.

Por fim, não houve violação dos artigos 145 e 149 do CTN pelo simples fato de que tais dispositivos se aplicam a situação diversa, qual seja, à retificação do lançamento.

Retificar corresponde a alterar um lançamento anterior. Já reexame corresponde a uma nova verificação de um determinado período com a realização de

um ou mais lançamentos diversos de eventuais outros que possam ter sido realizados no exame anterior.

A defesa confunde ato com procedimento. Retificação é a alteração de um ato, no caso, o lançamento; reexame é a repetição de um procedimento, qual seja, o de auditoria das atividades do contribuinte num determinado período de tempo. Os art. 145 e 149 do CTN estabelecem requisitos para a retificação do lançamento, não para o reexame de período já fiscalizado.

Neste seguir, revejo meu posicionamento e voto no sentido de reconhecer a inexistência da nulidade arguida.

DECADÊNCIA.

O Recorrente se insurge em relação à regra para contagem do prazo decadencial, arguindo em seu favor a regra prevista no art. 150, parágrafo 4o. do CTN, segundo a qual ele chegaria-se a conclusão de que o lançamento cientificado em 09/2013 não poderia alcançar fatos geradores anteriores a 09/08, o que tornaria o lançamento parcialmente improcedente, posto que conforme essa regra, os fatos geradores ocorridos até 08/2008 estariam todos atingidos pelo prazo decadencial.

Contudo, milita em desfavor da tese aventada pelo Recorrente o conteúdo da Súmula CARF nº 72, pela qual: "Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se-a pelo art. 173, inciso I, do CTN".

Verifica-se nos autos a presença de multa qualificada em razão de fraude, apontado conduta do contribuinte no sentido de não apresentar livros auxiliares e documentos de sua escrituração com o objetivo de esconder da fiscalização tributária a omissão tributária, demonstrando sua consciência da utilização do artifício doloso de registrar contábil e fiscalmente receitas de vendas em valores menores àqueles constantes das respectivas notas fiscais emitidas, caracterizando a circunstância qualificadora do ilícito tributário a merecer a duplicação da multa básica.

Nesse seguir, mantenho a decisão recorrida em relação ao não reconhecimento da decadência, ainda que parcial do período autuado.

CERCEAMENTO DE DEFESA

A recorrente alega cerceamento de defesa por não ter tido acesso aos documentos que instruíram a autuação, posto que todas as vezes que compareceu a repartição fiscal foi informada que os autos estavam indisponíveis por conta de providencias a serem implementadas pelo fiscal lançador.

Observo que para reconhecimento da nulidade, era imperioso o apontamento preciso, com comprovação do prejuízo sofrido por esse motivo, não a mera alegação genérica quando à dificuldade de elaboração da defesa em razão de dificuldades em relação ao acesso aos autos.

Ademais não consta dos autos qualquer documento que ateste que a impugnante teria comparecido "por diversas vezes" à repartição fiscal e que, em todos esses

momentos, o acesso aos autos do processo lhe fora negado, motivo pelo qual não é possível se aceitar tal alegação por falta de provas.

De toda forma, o autuante consignou em seu relatório fiscal e nos formulários próprios do auto de infração, os fundamentos fáticos e legais que o levaram a concluir pela ocorrência da infração fiscal, tendo a contribuinte tomado regular ciência de tais documentos.

Além disso, no relatório, os autuantes explicaram detalhadamente a maneira como apuraram a base de cálculo que, associados aos demonstrativos de cálculos dos formulários do auto de infração, permitiram a contribuinte ter ciência da maneira pela qual os tributos exigidos foram determinados.

Portanto, os documentos essenciais para que a fiscalizada tivesse exercido sua ampla defesa em relação à acusação fiscal lhe foram entregues, devendo ser também rejeitada esta alegação de nulidade.

NULIDADE DA DECISÃO DE 1A INSTÂNCIA.

A Recorrente reclama nulidade da Decisão de 1a Instancia pela falta de análise de todos os argumentos apostos na impugnação.

Contudo na decisão recorrida se vê que a turma não foi omissa na análise do que era relevante para a questão, ao concluir pela legitimidade do lançamento uma vez que foram apreciados os pontos necessários à formação do livre convencimento do julgador.

Ademais, conforme jurisprudência pacífica, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos suscitados pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para sustentar sua decisão. É nessa linha que o STJ vem mantendo seu entendimento, reiterado recentemente, já na vigência do novo CPC:

(...) O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida (STJ, EDcl no MS 21315 / DF, S1 – DJe 15/06/2016).

Assim, ainda que a Turma tenha se exaurido na análise de todas as questões veiculadas, não há no julgado nenhuma nulidade que implique em seu cancelamento.

DA MULTA QUALIFICADA

Argui a Recorrente que inexistente conjunto probatório suficiente à ocorrência de fraude.

Na decisão de piso, restou suficientemente demonstrado que ficou evidenciado e provado nos autos, conforme a descrição da ação fiscal relatada no TVF.

A conclusão de que haveria fraude contábil e fiscal decorre, em síntese, do fato de o contribuinte ter registrado nos livros fiscais que foram apresentados à fiscalização, valores inferiores aos constantes nas notas fiscais de saída emitidas, informando em DIPJ os mesmos valores registrados na contabilidade, fato evidenciado na circularização efetuada pelos autuantes, descrita no item VI do TVF e que *resultou na apuração dos valores consolidados no Demonstrativo das Diferenças Mensais (fls. 8425 a 8433)*. Com tal conduta H-BUSTER teve por

objetivo elidir o fisco, pois embora de acordo com a contabilidade, referidos valores, que não representam os valores reais das operações, foram adotados para apuração e recolhimento do IPI, exceto no mês de dezembro de 2008, resultando, na prática, em falta de recolhimento do imposto efetivamente devido nessas operações. Tal constatação pode também ser sintetizada nas seguintes afirmações, colhidas do item VIII– DA FRAUDE CONSTATADA, do TVF:

“Ou seja, a contabilidade foi feita de modo a apresentar apenas os valores escriturados em seus livros fiscais, os quais estão de acordo com os valores informados na DIPJ.

...

Não há como afastar o evidente intuito de fraude contábil e fiscal de um contribuinte que emite diversas notas fiscais de saída por um determinado valor e que registra em seus livros valores inferiores aos verdadeiros.”

A propósito ressalta-se que é no livro Registro de Apuração do IPI, modelo 8 - o qual não foi apresentado - que deverão ser registrados os totais dos valores contábeis e dos valores fiscais das operações de entrada e saída, extraídos dos livros próprios, atendido o CFOP, os débitos e os créditos do imposto, os saldos apurados e outros elementos que venham a ser exigidos, de acordo com o art. 399 do RIPI/2002. O art. 312 do mesmo Regulamento também prevê a necessidade de conservação do documentário fiscal para fins de exibição aos agentes do Fisco, até que cesse o direito de constituir o crédito tributário.

A falta de apresentação dos livros e documentos fiscais comprobatórios que foram solicitados no decorrer da auditoria corrobora a intenção, apontada no TVF, de dificultar o conhecimento, de forma individualizada, das pessoas e dos valores envolvidos, em especial, na atividade de venda de suas mercadorias e na comprovação dos créditos utilizados para abater dos débitos declarados, evidenciando conduta dolosa. O conjunto dos fatos verificados no caso sob exame colocam em evidência o propósito de construção de uma pretensa realidade formal destinada a reduzir recolhimentos do IPI, seja mascarando, senão ocultando, a sua base de cálculo, e também reduzindo o saldo devedor a ser recolhido, pela utilização de créditos não comprovados.

Residem aí os fundamentos para a qualificação da multa de ofício, cujos fundamentos legais foram antes referidos.

No Demonstrativo das Diferenças Mensais (fls. 8425 a 8433) realmente é possível constatar a escrituração a menor efetivada pela contribuinte, que culminou nas infrações em julgamento, que sequer foram impugnadas quanto ao seu mérito.

Razão pela qual, mantenho a qualificação da multa.

DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA.

Em relação as outras arguições de natureza constitucional, destaca-se o conteúdo da súmula CARF nº 2, segundo a qual: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC COMO JUROS DE MORA

Os juros de mora, incidentes sobre os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, são equivalentes à taxa Selic, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo, até o mês anterior ao do pagamento, e de um por cento no mês do pagamento.

Ressalte-se que esse entendimento consta, inclusive, da Súmula nº 3, segundo a qual:

Súmula CARF 03: "É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais."

Juízo esse que veio a ser mantido pelo atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF):

"Súmula CARF nº 4: 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."

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO DIRETOR.

Contra He Xing, administrador da H-Buster foi lavrado o Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls. 8452/8453, pelo imposto não recolhido em virtude dos fatos relatados no TVF, com base nos arts. 124, I e 135, III do Código Tributário Nacional,

Como mencionado no item anterior, a fraude à lei esta presente quando se verifica a presença de notas fiscais escrituradas a menor com vistas a obtenção de vantagem tributária, independentemente do volume de notas escriturado.

Costumeiramente, nos casos em que a apuração se dá por arbitramento sou bastante sensibilizada pela aplicação da Súmula CARF 96, segundo a qual:

Sum. 96: "A falta de apresentação de livros e documentos da escrituração não justifica, por si só, o agravamento da multa de ofício, quando essa omissão motivou o arbitramento dos lucros".

Contudo, no caso em apreço, considero não se tratar de mera não apresentação de livros e documentos da escrituração, mas sim há presença de conduta dolosa do contribuinte no sentido de ocultar os registros de movimentação.

Em seu recurso voluntário ele chega até a confessar a existência do que denominou "escrituração divergente" em 388 notas fiscais de um volume de 38.725, o que segundo ele teria o condão de classificar seu erro como escusável para elidir a qualificação da multa e descaracterizar a acusação de fraude.

Do próprio argumento da Recorrente, verifica-se que de fato houve a escrituração a menor que confirma a omissão de receitas constatada.

Por esse motivo, tomo de empréstimo as considerações do Conselheiro Luiz Rodrigo no Acórdão 1104-002.498, bastante pertinentes a este caso, quando menciona que:

"Pela dicção da redação da Lei nº 4.502/1964, deve-se comprovar a ação ou omissão dolosa tendente a ocultar, do conhecimento do fisco, a ocorrência do fato gerador.

O elemento dolo não é representado pelos atos praticados, pela exteriorização destes; característica marcante dos elementos objetivos do tipo penal. O dolo é representado pelo elemento subjetivo do tipo, que se perfaz pela intenção do agente em praticar tal conduta, descrita na norma como ilícita. Para a sua configuração, dever-se-ia buscar internar-se na mente do praticante da conduta para perceber qual era a sua intenção, se lícita ou ilícita. Entretanto, como isso não é possível, busca-se interpretar a exteriorização dos atos e, assim, constatar se houve, ou não, má-fé na prática da conduta".

No caso em concreto, verifica-se a presença da figura da omissão dolosa tendente a ocultar, do conhecimento do fisco, a ocorrência do fato gerador, principalmente diante da análise do Demonstrativo de Diferenças Mensais (fls. 8425 a 8433) que é composto por um relatório de várias laudas apontando que apontam a escrituração a menor identificada pela autoridade autuante, que demonstram a prática de ato doloso em infração à lei.

Anoto que tal demonstrativo só foi possível após a circularização feita aos fornecedores para que a autoridade fiscal pudesse ter acesso às notas fiscais para confrontá-las com os registros contábeis lançados nos Livros de Entrada e Saída de IPI, quando ficou demonstrada a escrituração a menor.

Ante o exposto, afasto as preliminares e nego provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora