



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

Processo nº 19515.000468/2009-79
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº **1202-000.706 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 31 de janeiro de 2012
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ
Recorrente M. A. SARTI REPRESENTAÇÃO DE REVISTA E JORNAIS LTDA. - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

PRELIMINAR DE NULIDADE.

A tese de nulidade não merece prosperar, uma vez que o ato fora feito por pessoa competente e com a observância dos preceitos legais pertinentes ao procedimento administrativo, nos termos do Decreto nº 70.235/72, não tendo ocorrido nenhuma das hipóteses previstas no artigo 59 do referido Decreto, que ensejassem a nulidade.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Este Conselho é incompetente para apreciar arguições de inconstitucionalidade de normas tributárias, sendo esta tarefa privativa do Poder Judiciário, conforme Súmula nº 02 do CARF.

PEDIDO DE JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA

No caso em tela, não houve a juntada da documentação cuja análise foi pleiteada por parte da Recorrente. Logo, não prospera o argumento de cerceamento de defesa.

OMISSÃO DE RECEITA. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada omissão de receitas, o valor adicional do imposto será lançado de ofício de acordo com o regime de tributação a que estiver obrigada a contribuinte no período de apuração, conforme artigo 18 da Lei nº 9.317/96, artigo 288 do RIR/99 e artigo 24 da Lei nº 9.249/95.

MULTA QUALIFICADA.

A simples apuração de omissão de receitas, sem a efetiva comprovação do intuito de fraude, não autoriza a qualificação da multa de ofício. (Súmula 14 do CARF).

JUROS MORATÓRIOS.

O CARF já editou súmula a respeito da aplicação da taxa SELIC aos juros moratórios incidentes sobre débitos tributários. (Súmulas nº 4 CARF).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para desqualificar a multa de ofício e reduzir seu percentual a 75%, nos termos no voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Nelson Lósso Filho- Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Geraldo Valentim Neto - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Nelson Lósso Filho, Geraldo Valentim Neto, Viviane Vidal Wagner, Nereida de Miranda Finamore Horta, Carlos Alberto Donassolo e Orlando Jose Goncalves Bueno.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 1.128 a 1.163) interposto pela Recorrente em 09/06/2010 diante da decisão de fls. 1.079 a 1.097 da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (“DRJ/SP”), que julgou improcedente a Impugnação da Recorrente.

O presente processo teve início com o Mandado de Procedimento Fiscal de nº 08.1.90.00-2008-05267-0 (fls. 02), o qual foi expedido em 01/08/2008.

No dia 12/08/2008, a Recorrente foi intimada por meio de Termo de Início da Ação Fiscal (fls. 03) a apresentar documentos necessários para o início da fiscalização, como os livros Razão, Diário e Caixa, Registro de Entrada e Saída, Registro de Apuração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (“ICMS”) e Registro de Inventário de Mercadorias do período referentes ao ano-calendário de 2005, como também o Contrato Social e posteriores alterações.

Por não terem sido entregues todos os documentos solicitados no Termo de Início da Ação Fiscal, em 16/09/2008 foram lavrados novos Termos de Intimação Fiscal, conforme se verifica às fls. 50, 52 e 54, reintimando a Recorrente a apresentá-los.

Em 01/10/2008 a Recorrente apresentou carta-reposta (fls. 56) aos termos de intimações fiscais, na qual afirmou que os livros e talonários do Imposto Sobre Serviços (“ISS”) foram extraviados.

Desta maneira, a fiscalização entendeu ser necessário intimar os clientes da Recorrente, conforme relacionados abaixo, para apresentarem as relações de notas fiscais, respectivos pagamentos e contabilização de valores:

CNPJ	NOME
00.597.491/0001-08	TRES COMERCIO DE PUBLICAÇÕES LTDA.
01.682.875/0001-83	MOTOR PRESS BRASIL EDITORA LTDA.
04.426.447/0001-88	EDIOURO SEGMENTO – DUETTO EDITORIAL LTDA.
04.735.670/0001-07	EDITORA CONFIANÇA LTDA.

As mencionadas empresas atenderam as intimações e forneceram os documentos solicitados, os quais estão localizados nas fls. 74 a 909.

Do confronto dos documentos apresentados pelos clientes da Recorrente foram constatadas divergências dos valores destes com os valores declarados no Programa de Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica.

Ao comparar os valores com as relações de notas fiscais de prestação de comissão sobre vendas fornecidas pelos clientes da Recorrente, a Fiscalização verificou que os valores constantes nas notas fiscais eram superiores ao valor do faturamento contabilizado no livro caixa e no declarado no Programa de Declaração Simplificada, conforme demonstra a tabela apresentada no Termo de Verificação Fiscal (fls. 929 a 936), abaixo transcrita:

Período	Receita Declarada A	Nota Fiscal Emitida B	Diferença (B-A)
Janeiro	16.551,88		
Fevereiro	2.443,16	1.416,24	
Março	10.055,26	299.435,13	289.379,87
Abril	2.680,00	14.254,43	11.574,43
Maio	8.088,09	11.248,45	3.160,36
Junho	10.462,83	9.067,68	
Julho	6.989,55	3.765,71	
Agosto	9.201,47	1.117.637,66	1.108.436,19
Setembro	2.772,92	1.807,92	
Outubro	5.309,10	5.309,10	-
Novembro	8.322,05	565.448,79	557.126,74
Dezembro	10.393,91	288.429,79	278.035,88
Total 2005	93.270,22	2.317.820,90	2.224.550,68

Em 02/02/2009, a Recorrente foi intimada por meio de Termo de Constatação e Intimação Fiscal (fls. 921 a 928) para prestar os seguintes esclarecimentos:

“(...) 1. Justificar a divergência entre os valores escriturados no livro caixa e informados na Declaração Simplificada/2006 e os valores constantes das notas fiscais emitidas mencionadas no item 1.8, as quais geram as diferenças de receita demonstrada.”

A Recorrente apresentou carta resposta (fls. 927) em 15/02/2009, afirmando que devido ao extravio dos livros e talonários não possuía elementos para justificar tais divergências constatadas pelo procedimento fiscalizatório.

Posteriormente, a Ação Fiscal foi encerrada em 17/02/2009, tendo sido lavrado Autos de Infração de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, INSS e ISS – SIMPLES (fls. 952 a 993), no qual a fiscalização considerou como receitas omitidas as divergências entre os valores declarados pela Recorrente e os valores escriturados nas notas fiscais apresentados pelos seus clientes.

Regularmente intimada, a Recorrente apresentou Impugnação (fls. 1.000 a 1.030) em 18/03/2009, onde pleiteia a nulidade dos Autos de Infração com base nos seguintes argumentos:

Em sede de preliminar, pleiteia o reconhecimento da nulidade do Auto de infração por entender que houve ofensa aos princípios da verdade material, legalidade, tipicidade e capacidade contributiva por parte da fiscalização;

No mérito, afirma que supostamente ocorreu erro no enquadramento legal de tributação no momento no lavramento do auto de infração, pois em seu entendimento não poderia ser tributada pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e de Pequeno Porte (“SIMPLES”), devendo ter o auditor aplicado o regime do Lucro Real;

Afirma que houve a caracterização do excesso de exação; pois supostamente a autoridade fiscal aplicou normas tributárias conflitantes e divergentes;

Pleiteia a exclusão do ISS da base de cálculo da Contribuição para o Programa para Integração Social (“PIS”) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (“COFINS”), fundamentando que tal inclusão viola as regras matrizes destas contribuições no que tange ao aspecto quantitativo, pelo fato de o valor do ISS não poder ser enquadrado como receita, e pessoal, pelo fato de a prestação de serviços ser de competência tributária dos municípios;

Afirma que faltou suporte fático à fiscalização devendo, segundo seu entendimento, ser analisado a situação e as peculiaridades relacionadas à sua atividade, fundamentando que se a devida análise tivesse ocorrido a fiscalização notaria que 95% dos valores recebidos não correspondem a receitas auferidas e sim despesas com comissões pagas a seus representantes, não caracterizando, assim, a omissão de receitas, uma vez que os 5% retidos por ela foram devidamente declarados;

Requer que sejam analisados extratos bancários, os quais a Recorrente já solicitou junto às instituições financeiras, mas que até o presente momento não encontram-se em seu poder;

Restou descaracterizada a omissão de receitas pelo fato de que não houve redução indevida do tributo pago, tendo em vista que as bases de cálculo dos tributos são evidentemente mais altas quando tributados pelo regime do SIMPLES do que se tivesse sido optado pelo Lucro Real;

Sustenta ainda a inexistência de fraude e que desta forma não poderia ser aplicada a multa qualificada de 150%; e

Alega ainda, sobre a aplicação da taxa referencial do Sistema de Liquidação e Custódia para Títulos Federais (“SELIC”) como índice de juros sobre crédito tributário devido, que a fiscalização valeu-se de índice inconstitucional, fundamentando a impossibilidade da cobrança de juros superior a 12% ao ano.

Ademais, através do procedimento fiscal constatou-se que a Recorrente possuía faturamento superior ao teto legalmente estabelecido às optantes pelo SIMPLES.

Em consequência, o auditor fiscal formalizou uma Representação Fiscal (fls. 994 a 998) para a exclusão de ofício da Recorrente do regime do SIMPLES. A Recorrente tomou conhecimento desta representação, formalizada posteriormente no Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO nº 58/09 por meio de Notificação (fls. 1.070 a 1.071) em 07/07/2009, tendo sido concedido prazo de 30 dias para que a mesma impugnasse a sua exclusão do referido regime de tributação e apresentasse a declaração do imposto de renda pela sistemática que lhe melhor conviesse (lucro real ou presumido), conforme fls. 1073, o que não foi feito.

Assim, sem a manifestação da Recorrente no devido prazo, ocorreu sua exclusão do SIMPLES, em 17/11/2009 (fls. 1.073) a partir do ano calendário de 2006, com base nos artigos 9º, 12, 13, 14, 15 e 16 da Lei nº 9317/96. Houve também o cancelamento das suas declarações referentes aos anos-calendário de 2006 e 2007 (1º trimestre), devendo a Recorrente entregar novas declarações de Pessoa Jurídica em outra forma de tributação.

A 1ª Turma da DRJ/SP1 julgou, em 27/01/2010, (fls. 1.079 a 1.097) a referida Impugnação improcedente, em decisão assim ementada:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005

APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. IMPUGNAÇÃO.

Os documentos que fundamentam contestação a lançamento tributário devem ser apresentados juntamente com a impugnação administrativa.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Data do fato gerador: 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 10/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005

OMISSÃO DE RECEITAS. DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO. REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

Verificada a omissão de receita, o imposto a ser lançado de ofício deve ser determinado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período -base a que corresponder a omissão.

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

Data do fato gerador: 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005

RECEITA BRUTA AUFERIDA. OMISSÃO EM DECLARAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CABIMENTO. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA.

É cabível o lançamento de ofício para formalizar o crédito tributário relativo a receita bruta não declarada, cujo auferimento é comprovado pelas Notas Fiscais emitidas pela própria fiscalizada. Os optantes pelo Simples podem excluir da base de cálculo apenas o valor referente as vendas canceladas e aos descontos incondicionais.

TRIBUTOS ABRANGIDOS. DECISÃO APLICÁVEL.

E decidido quanto ao IRPJ se aplica também aos de os abrangidos por este sistema de tributação que estão em discussão no presente processo.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/01/2005, 28/02/2005, 31/03/2005, 30/04/2005, 31/05/2005, 30/06/2005, 31/07/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 31/10/2005, 30/11/2005, 31/12/2005

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

O percentual da multa aplicada sobre os impostos e as contribuições apurados em lançamento de ofício é de 75% no mínimo.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DOLO. MULTA. 150%.

Em lançamento de ofício é devida multa qualificada de 150% calculada sobre a totalidade ou diferença do tributo que não foi pago ou recolhido quando demonstrada a presença de dolo na ação ou omissão do

contribuinte.

CRÉDITO VENCIDO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os créditos Tributários vencidos e ainda não pagos devem ser acrescidos de juros de mora equivalentes a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic).

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Ciente da decisão, a Recorrente protocolizou o Recurso Voluntário (fls. 1.128 a 1.163), tempestivamente, em 09/06/2010, no qual reitera o anteriormente alegado na Impugnação, requerendo a reforma da decisão prolatada pela DRJ/SP1, para que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração.

Oportunamente, os autos foram enviados a este Colegiado. Tendo sido designado relator do caso, requisitei a inclusão em pauta para julgamento do recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Geraldo Valentim Neto, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos pressupostos de admissibilidade. Sendo assim, dele tomo conhecimento, e passo a analisar os argumentos trazidos pela Recorrente.

I - PRELIMINAR DE NULIDADE

Com relação à preliminar de nulidade arguida pela Recorrente, não vislumbro, no presente caso, ofensa aos princípios da verdade material, legalidade, tipicidade e capacidade contributiva, como alegado pela Recorrente, tendo em vista que durante todo o procedimento fiscalizatório foram respeitados todos os preceitos legais cujo descumprimento foi alegado pela Recorrente.

Verifica-se, ao analisarmos os autos do presente processo administrativo, que todos os procedimentos da autoridade fiscal e da DRJ/SP no julgamento se pautaram pela busca da verdade material, tendo sido concedido à Recorrente diversas oportunidades para se manifestar e apresentar toda a documentação necessária para suportar o seu direito. Tanto foi assim que como a Recorrente não pôde apresentar à autoridade fiscal as notas fiscais de serviços prestados estas foram solicitados junto aos seus clientes.

Os princípios da tipicidade e da capacidade contributiva também não foram feridos, pois o auto de infração respeitou a tipicidade dos fatos geradores dos tributos e os valores de créditos constituídos não feriu a capacidade econômica da empresa, visto que os valores eram regra matriz de incidência dos tributos, os quais deveriam ter integrado a base de cálculo anteriormente declarada.

Neste sentido, destaco o seguinte trecho da decisão recorrida:

“Portanto, o que se nota é que o lançamento foi realizado em conformidade com os Princípios da Verdade Material, da Legalidade, da Tipicidade e da Capacidade Contributiva porque está baseado na receita bruta verdadeira, de acordo com a situação objetiva e os dados constantes nas Notas Fiscais emitidas pela própria contribuinte.”

Vale ressaltar, ainda, que não houve, no caso concreto, nenhuma das previsões apontadas pelo artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, que ensejariam a declaração de nulidade do lançamento em tela, quais sejam: (i) quando os atos e termos sejam lavrados por pessoa incompetente; e (ii) quando os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

No que tange à alegação da Recorrente de cerceamento do direito de defesa e o pedido de juntada posterior de documentos, embora tenha sido apresentado como questão de mérito, entendo se tratar de um equívoco quando da postulação, devendo haver sua decisão em sede de preliminar.

No caso concreto, a Recorrente apenas pleiteia a juntada dos documentos, não os trazendo aos autos para que sua análise possa ser discutida por este E. Conselho.

Ademais, quando teve a oportunidade de juntar estes documentos, que supostamente comprovariam o seu direito, em sede de Impugnação, não o fez.

Desta forma, não cabe, agora, a este Conselho se manifestar sobre o acolhimento ou indeferimento da juntada posterior de documentos, tendo em vista que ainda não foram trazidos ao autos.

Pelo exposto, no que tange às preliminares suscitadas pela Recorrente, concluo não caber-lhe razão e rejeito-as em sua totalidade.

II - MÉRITO: OMISSÃO DE RECEITAS

Passo à análise do mérito.

No que tange à alegação da Recorrente de que supostamente a fiscalização não teria analisado a situação e as peculiaridades de sua atividade, faltando, dessa forma, suporte fático para a constituição do crédito tributário em questão, entendo que não lhe cabe razão. Isto porque, conforme já mencionado, o procedimento fiscalizatório observou todos os princípios inerentes ao processo administrativo fiscal, bem como os dispositivos legais vigentes.

Ademais, cumpre destacar que a Recorrente não trouxe nenhuma argumentação consistente de que a fiscalização deixou de analisar os fatos decorrentes de sua atividade econômica, também não demonstrando, por meio da juntada de qualquer meio probatório, tal fato. Desta forma, não acolho este argumento apresentado.

A Recorrente alega, ainda, ser intermediária entre as editoras e os distribuidores de revistas, tendo como função apenas emitir as notas fiscais de serviços prestados e repassar os valores pagos pelas editoras aos representantes, retendo para si somente 5% do valor descrito nas notas, a título remuneratório, sendo que estes valores teriam sido devidamente declarados e tributados. Sendo assim, no entendimento da Recorrente, não teriam sido omitidas receitas, conforme alegado pela fiscalização.

Tal argumento não merece prosperar, pois os tributos discutidos no caso em tela têm como aspecto material da regra matriz de incidência o auferimento de receitas brutas da pessoa jurídica enquadrada no SIMPLES, como preceitua o artigo 2º, parágrafo 2º e artigo 5º da Lei nº 9.317/1996, vigente à época dos fatos objeto da exigência dos tributos (ano-calendário de 2005). Vejamos:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - microempresa, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais);

II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.1998)

§ 1º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, os limites de que tratam os incisos I e II serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica houver exercido atividade, desconsideradas as frações de meses.

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

(...)

Art. 5º O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta mensal auferida, dos seguintes percentuais(....).

No presente caso, a Recorrente descumpriu o preceituado nos artigos supra transcritos quando deixou de escriturar os valores decorrentes das operações de prestação de serviços no ano-calendário de 2005, podendo ser caracterizada, de tal sorte, omissão de receitas.

Tal constatação foi inclusive confirmada pela Recorrente em 17/02/2009 ao declarar à Fiscalização que não tinha elementos para justificar a divergência entre os Livros Fiscais e os valores das Notas Fiscais em razão do extravio dos livros e talonários do ISS (fls. 927), o que levou à DRJ/SP a concluir da seguinte maneira:

“19. Como se vê, o contribuinte optante pelo Simples deve calcular o valor devido de acordo com este sistema de tributação aplicando um determinado percentual sobre a receita bruta mensal auferida. E no presente caso, a contribuinte descumpriu estas normas legais ao escriturar no Livro Caixa e declarar ter auferido receita bruta em 2005 em valor menor (R\$ 93.270,22) do que na verdade auferiu (R\$2.317.820,90), conforme comprovam as Notas Fiscais de Prestação de Serviços relativas a comissão sobre vendas.”

Portanto, constatada a omissão de receitas correto o procedimento da fiscalização ao exigir a diferença dos tributos, que na sistemática do SIMPLES, vigente à época dos fatos (2005 – antes da exclusão da Requerente da sistemática), implicava na aplicação de outros percentuais previstos na Lei 9.317/96 sobre a receita bruta detectada.

Ademais, não merece também prosperar a alegação da Recorrente de que deveria a fiscalização ter aplicado o regime do Lucro Real no momento da lavratura do auto de infração ao invés de ter utilizado os critérios do SIMPLES, pois à época permanecia a Recorrente beneficiada pelo regime de tributação do SIMPLES e nos termos do artigo 288 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000/99 (“RIR/99”) e do artigo 24 da Lei nº 9.249/95, abaixo transcritos, correta foi a exigência dos tributos nessa sistemática com a constatação de omissão de receita. Vejamos:

(i) RIR/99 - “Art. 288. Verificada a omissão de receita, a autoridade determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração a que corresponder a omissão.”

(ii) Lei 9249/95 - “Art. 24. Verificada a omissão de receita, a autoridade tributária determinará o valor do imposto e do adicional a serem lançados de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período-base a que corresponder a omissão.”

É possível concluir, da análise destes artigos, que a autoridade fiscal aplicou corretamente o regime de tributação para o valor adicional do imposto apurado no procedimento fiscalizatório, estando este em conformidade com as normas tributárias, não havendo que se falar em conflito de normas, conforme alegado pela Recorrente.

A Recorrente requer, ainda, que haja a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a alegação de que tal inclusão viola as regras matrizes destas contribuições pelo fato do valor do ISS não poder ser enquadrado no conceito de receita, e em razão da competência tributária dos municípios para a exigência do ISS.

Todavia, conforme disposto na legislação de regência (artigo 5º, parágrafo 4º, inciso I da Lei nº 9.317/96 c/c art. 2º da Lei nº 10.034/2000) vigente à época dos fatos (e fundamentado no respectivo Auto de Infração), o SIMPLES abrange também tributos estaduais e municipais (como o ISS). Isto se dá mediante convênio celebrado com a Receita Federal para a qual são delegadas as atribuições de fiscalização e administração dos tributos administrados pelos entes estaduais ou municipais (ICMS ou ISS), não havendo que se falar em inconsistência da exigência, haja vista a existência de convênio celebrado entre a União e o Município de São Paulo, publicado no Diário Oficial da União no dia 28/5/1998, conforme indicado às fls. 934 e seguintes dos autos.

Quanto à alegação da Recorrente de que o valor lançado a título de contribuição ao INSS é muitas vezes superior ao valor que foi pago espontaneamente, essa discrepância de valores é reflexo da receita omitida pela Recorrente que é muito maior do que a receita efetivamente declarada. Ademais, o fato de haver poucos funcionários e o pró-labore dos sócios ser diminuto não é motivo para invalidar a cobrança no INSS-SIMPLES, pois conforme já mencionado, os tributos abrangidos pelo SIMPLES são calculados com base na receita bruta e não sobre a folha de salários, como ocorreria se a Recorrente não fosse optante do SIMPLES. Dessa forma, se preferisse recolher os valores referente ao INSS calculados sobre a folha de salários, com as alíquotas previstas na Lei nº 8212/1991, não deveria ter optado pelo SIMPLES.

Dessa forma, concordo com o regime de tributação aplicado pela autoridade fiscalizadora e com a decisão da DRJ/SP.

III - MULTA QUALIFICADA

Por fim, a Recorrente alega ainda que a aplicação da multa qualificada no percentual de 150% é abusiva e inaplicável, pois em seu entendimento não houve fraude e sim escrituração inexata, não havendo justificativa para sua aplicação.

Neste aspecto, entendo estar correta a Recorrente.

Além da inaplicabilidade da multa qualificada com a multa de ofício nos termos já decididos pelo E. CARF (Acórdão nº 10421431, entre outros), conforme já sumulado por este E. CARF (Súmula 14), “*a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, **por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo***”.

Portanto, é dever do fisco, antes de buscar qualificar a multa, comprovar, de forma robusta, a ocorrência da conduta ensejadora da qualificação da multa, o que incorreu no presente caso, conforme constata-se no próprio auto de infração (vide fls. 933) ao descrever que “*ao deixar de informar a totalidade das receitas a empresa incorreu, **em tese**, no crime contra a ordem tributária previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*”.

Assim, a exemplo de diversos julgados deste E. CARF (Acórdãos nºs 10247780, 20311533, 10421335, entre outros) e diante da inconsistência da caracterização do Auto à luz da Súmula 14 do CARF, não há que se falar em intuito doloso da Recorrente a ensejar a aplicação da multa qualificada.

Sendo assim, entendo que deve ser reduzida a aplicação da multa para o percentual de 75% sobre o valor objeto dos Autos de Infração.

IV - JUROS SELIC

A Recorrente ainda alega a inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC como índice de correção monetária do crédito tributário constituído na presente Fiscalização.

Conforme se sabe, este E. Conselho não possui a competência para julgar o mérito da constitucionalidade de normas e preceitos tributários, competência esta do Poder Judiciário, conforme entendimento pacificado pela Súmula nº 2 do CARF.

Ademais, e nos termos da Súmula CARF 4 “*a partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais*”.

Em razão de todo o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário para reduzir a multa qualificada para o percentual de 75% sobre o valor dos tributos exigidos e mantidos nos lançamentos realizados.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Geraldo Valentim Neto