



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

Processo nº 19515.002545/2010-69
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-001.073 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2013
Matéria PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL
Recorrente H & F COMÉRCIO DE PERIFÉRICOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: SIMPLES

Ano-calendário: 2006

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE

Não existe nulidade de auto de infração lavrado por autoridade competente, sem preterição do direito de defesa e efetuado em consonância com o art 142 do Código Tributário Nacional.

OMISSÃO DE RECEITAS. DIVERGÊNCIA ENTRE VALORES DA DECLARAÇÃO SIMPLIFICADA E GIA DO ICMS.

É justificável o lançamento dos tributos do Simples quando apurada divergência entre os valores constantes da declaração simplificada e os declarados ao fisco estadual, nas GIA do ICMS.

DETERMINAÇÃO DO IMPOSTO PELO 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.

MULTA DE OFÍCIO. NATUREZA DE NÃO CONFISCO. LEGALIDADE.

O valor da multa de ofício aplicada decorre do disposto na Lei, tendo em vista infração cometida pelo Contribuinte, não havendo que se falar em confisco.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Turma, por unanimidade, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator.

(assinado digitalmente)

Eduardo de Andrade - Presidente.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Junior, Marcio Rodrigo Frizzo, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Pollastri Gomes da Silva e Eduardo de Andrade

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 13/05/2013 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 13/05/2013 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 04/06/2013 por EDUARDO DE ANDRADE

Impresso em 10/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em decorrência de ação fiscal, o Contribuinte foi autuado em relação aos tributos abrangidos pelo Simples (IRPJ, PIS, COFINS e Contribuição para a Seguridade Social – INSS), acrescidos da multa proporcional e juros de mora, no valor total de R\$ 5.579.238,88, referentes a fatos geradores ocorridos em 2006, caracterizados pela omissão de receita apurada diante da divergência das declarações ao fisco federal e Estadual.

Com base no Convênio RFB nº 02337/2008, foram obtidos os dados das GIA — Guias de Informação e Apuração do ICMS, apresentadas pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, nas quais informou seu movimento de vendas no período base sob fiscalização.

Do confronto entre o que o Contribuinte declarou na sua Declaração Simplificada em 2006, e os valores de vendas realizadas e informadas à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, nas Guias de Informação e Apuração do ICMS, foram encontradas diferenças entre os valores declarados ao Fisco Estadual e ao Fisco Federal, apuradas mensalmente e resumidas em mapas, assim apresentados:

JANEIRO	R\$	2.034.162,44
FEVEREIRO	R\$	1.140.020,39
MARÇO	R\$	1.308.910,97
ABRIL	R\$	1.335.187,80
MAIO	R\$	1.363.748,22
JUNHO	R\$	957.477,18
JULHO	R\$	1.130.000,00
AGOSTO	R\$	2.015.852,37
SETEMBRO	R\$	1.588.879,18
OUTUBRO	R\$	1.686.935,57
NOVEMBRO	R\$	1.648.521,32
DEZEMBRO	R\$	967.747,28
TOTAL	R\$	17.177.442,72

O contribuinte cientificado da ação fiscal não apresentou os documentos listados no Termo de Início e nem respondeu as re-intimações, razão porque foram encaminhadas aos sócios Olivier Franqueira e Harley Franqueira, que também deixaram de atender à intimação.

A Autoridade Fiscal então efetuou o lançamento por omissão de receitas no período correspondente ao ano calendário de 2006, caracterizada pela não declaração dos valores de vendas realizadas pela empresa na DSPJ – 2006 e, assim, devem ser adicionados os totais das mesmas à receita tributável do Contribuinte, apurados pelo SIMPLES através de lançamento de ofício, na forma de Auto de Infração.

O presente processo contém o demonstrativo de percentuais aplicáveis sobre a receita bruta (fls. 114/116), o demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos (fls. 117/122), assim como o demonstrativo de apuração dos imposto/contribuição sobre diferenças apuradas, fls. 123/128.

Por fim, concluiu a Autoridade Fiscal pela exclusão de ofício do Contribuinte do Simples, com efeitos partir de 1º de Janeiro de 2007 e encaminha a Representação para o devido andamento.

O Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO/GABINETE/EQRES nº 63/2010 juntado às 407 declara o Contribuinte excluído do Simples Federal a partir de 01/01/2007. Ressaltado que no caso de não interposição de manifestação no prazo, a exclusão do Simples tornar-se-i-a definitiva.

O Contribuinte intimado do Ato Declaratório pela vis postam em 05/10/2010 (fls. 410/411 e 416), não apresentou manifestação de inconformidade (fls. 422), porém apresentou impugnação, tempestivamente, em relação ao auto de infração, alegando em síntese o seguinte:

- inicialmente aponta ilegalidade da adoção de informações do Fisco Estadual como subsídio à fiscalização da Receita Federal.

- contesta a adoção de dados oriundos das GIA relativas ao ICMS, com base no art. 199 do CTN que não autoriza o lançamento com base exclusiva na prova emprestada. Colaciona jurisprudência judicial e administrativa sobre prova emprestada.

- discorre sobre competência tributária e capacidade tributária nos termos do art. 7º e 199 do CTN.

- que o auto de infração é nulo, não só pela prova emprestada, mas também porque não se observou o princípio do contraditório, alegando que no momento da colheita de prova não foi intimado uma vez que o “AR” enviado à residência não foi por ele recebido.

- ataca a multa aplicada e seu “caráter confiscatório”.

- que a aplicação de multa de 75% é *confisco*.

A 13ª Turma da DRJ/SP, julgou unanimemente improcedente a impugnação, alegando que:

- justifica-se o lançamento dos tributos do Simples quando apurado com base na divergência entre os valores constantes da declaração simplificada e os declarados ao fisco estadual, nas GIA do ICMS, ainda mais quando o Contribuinte, intimado, deixa e apresentar livros e documentos contábeis.

- 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.

- o valor da multa de ofício aplicada decorre do disposto na Lei, tendo em vista infração cometida pelo Contribuinte, não havendo que se falar em *confisco*.

Processo nº 19515.002545/2010-69
Acórdão n.º **1302-001.073**

S1-C3T2
Fl. 64

Intimado da decisão da DRJ em 20/08/12, o contribuinte apresentou recurso voluntário, tempestivo, em 17/09/12, reiterando os argumentos da impugnação, e alegando em síntese o seguinte:

É o relatório.

Voto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 13/05/2013 por **Conselheiro Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator**
em 13/05/2013 por GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA, Assinado digitalmente em 04/06/2013 por EDUARDO DE ANDRADE

Impresso em 10/06/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Tomo conhecimento do recurso voluntário do Contribuinte, vez que apresentada com a observância do prazo e requisitos estipulados no Decreto 70.235/72.

Alega o Contribuinte em seus argumentos de recurso basicamente 5 pontos de discordância em relação ao auto de infração:

- 1 - Nulidades;
- 2 - Cerceamento de direito de defesa;
- 3 - Impossibilidade de utilização de prova emprestada;
- 4 - Multa confiscatória; e,
- 5 - Inconstitucionalidades diversas.

1- A Defendente, pretende a anulação da autuação, porém, no âmbito do processo administrativo fiscal, as hipóteses de nulidade são taxativamente previstas nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que determinam:

“Art. 59. São nulos:

I os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (Grifouse).

1.1 - Como visto, a alegada nulidade somente pode ser suscitada em caso de lavratura por pessoa incompetente. Possíveis irregularidades, incorreções e omissões cometidas no auto de infração não importarão em nulidade e vão ser sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

2 - A presente ação fiscal foi inaugurada pelo Termo de fls. 26, recebido pelo Contribuinte em 26/11/2009, fls. 27, ocasião em que foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais do ano calendário 2006. A Fiscalizada deixou de atender ao solicitado e, também deixou de receber a reintimação (vide fls. 29/32) e assim as as intimações e reintimações foram encaminhadas aos sócios (fls. 34/38 e 104/108), ao deixar de atender o procedimento fiscal deu causa à busca de informações por outro caminho disponível ao Fisco Federal.

2.1 – O argumento de que o sócio Harley não recebeu o “AR” não procede pois todas as cópias dos “AR” enviadas ao endereço do sócio Harley, foram recebidos e assinados e a impugnação, interposta dentro do prazo, foi firmada pelo próprio sócio Harley, vide fls. 39, 108, 181/182 e 203.

2.3 – Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo contribuinte e o seu direito de resposta ou de reação foram plenamente assegurados no curso do processo.

2.4 – Os autos estiveram à disposição do Recorrente para as vistas durante o prazo para impugnação e para apresentação deste recurso, ocasiões em que foi oportunizado à defesa o amplo acesso a todos os documentos constantes do processo. Não se configura,

portanto, cerceamento do direito de defesa quando o conhecimento dos atos processuais pelo contribuinte e seu direito de resposta ou de reação foram plenamente assegurados no curso do processo.

2.5 – Ante as circunstâncias fáticas verificadas nos autos, me parece que não restou caracterizado o alegado cerceamento do direito de defesa do Recorrente.

3.0 – Em face do não atendimento das diversas intimações no prazo estipulado, não restou outra alternativa à autoridade lançadora que não constituir o crédito com base nos valores de Vendas Mensais constantes das GIA entregues à Fazenda Estadual.

3.1 - A Autoridade Fiscal obteve dados da GIA/ICMS do período fiscalizado com suporte no convênio firmado entre os fiscos Federal e Estadual. A receita declarada à Receita Estadual foi cotejada com as constantes das PJSI do ano calendário 2006, tendo sido detectadas elevadas divergências, que deu ensejo ao Termo de Constatação e Intimação Fiscal fls. 109/113, esclarecimentos estes não prestados pelo Contribuinte.

3.2 - Tendo a receita superado o limite de receita bruta permitido no Simples (R\$ 2.400.000,00), o Contribuinte foi excluído do regime favorecido, através do Ato Declaratório Executivo nº 63, com efeitos a partir de 01/01/2007, não contestado, apesar de intimado (fls. 410/411 e 422).

3.3 - A permuta de informações econômico-fiscais, tem amparo legal no art 37, XXII da Constituição Federal e no art. 199 do CTN, este, abaixo transcrito:

“Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestam-se mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. Este parágrafo foi acrescentado pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001. “

3.4 - O entendimento do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, resumido na ementa a seguir:

“DIVERGÊNCIA ENTRE LIVROS FISCAIS E DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS Caracteriza-se omissão de rendimentos, diferença a maior lançada no Livro Registro de Apuração do ICMS, em relação ao valor declarado pelo contribuinte em sua Declaração de Rendimentos, se o sujeito passivo não logra comprovar com documentos hábeis e idôneos as razões das diferenças apuradas. 1º Conselho de Contribuintes/1a. Câmara/ACÓRDÃO 10194.317 em 14/08/2003. Publicado no DOU em: 14.10.2003. Na mesma linha o acórdão 10194.128.

IRPJ OMISSÃO DE RECEITAS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS NO LIVRO RAZÃO E NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DE ICMS.

A divergência entre os valores das receitas escrituradas no Livro Registro de Apuração de ICMS e no Livro Razão, expurgadas as mercadorias devolvidas, caracteriza omissão de receitas quando não infirmada pelo sujeito passivo.

PROVA EMPRESTADA.

Os extratos das Declarações Periódicas de Informações – DPI's, passaram do *status* de prova indiciária para prova concreta, material e auto-aplicável, após todas as tentativas infrutíferas da fiscalização de confrontá-las com a escrita contábil e fiscal, bem como do sujeito passivo se manifestasse sobre os dados nelas contidos. A autoridade fiscal é autorizada a diligenciar na busca da verdade material (2ª Turma da 3ª Câmara da 1ª Seção do CARF. Acórdão nº 1302-000.795 de 24/11/2011)."

3.5 - Portanto, é legal a utilização pelo Fisco Federal de informações extraídas das declarações (GIA/ICMS) apresentadas pela própria Autuada à SEFAZ/SP, como se deu no presente caso e ao contrário do que argumenta, as divergências entre os valores declarados aos fiscos federal e estadual constituem prova de omissão de receitas.

3.6 - Nestas circunstâncias, a omissão de receitas, devidamente quantificada, foi levada à tributação pelo regime adotado no lançamento, qual seja, o SIMPLES, uma vez que nos termos do artigo 24 da Lei nº 9.249/95, verificada a omissão de receita, a Autoridade Fiscal determinará o valor do imposto a ser lançado de acordo com o regime de tributação a que estiver submetida a pessoa jurídica no período de apuração.

4 - A Impugnante alega que a multa de ofício com percentual de 75% é confiscatória. Não tem amparo a argumentação apresentada vez que a aplicação da multa decorre de lei e não pode ser modificada. A multa de ofício de 75% deve acompanhar os tributos exigidos mediante lançamento de ofício, sendo que sua previsão legal encontra-se disciplinada no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996.

4.1 - Quanto à arguição de caráter confiscatório, importa esclarecer que a instância administrativa não é o foro adequado para discussões a respeito de ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis, por absoluta falta de competência das autoridades administrativas, função que é reservada em caráter exclusivo aos juízes e tribunais. A autoridade fiscal deve cumprir as determinações legais de forma vinculada, não podendo, sob pena de responsabilidade funcional, desrespeitar as normas da legislação tributária, em observância ao art. 142, parágrafo único, do CTN.

5 - Acrescenta-se, por oportuno, que as alegações de vedação ao confisco e respeito à capacidade contributiva previstas na Constituição Federal, não são de competência deste colegiado administrativo que tem o caráter vinculado da atividade fiscal. O administrador é um mero executor de leis, não lhe cabendo questionar a legalidade ou constitucionalidade e aplicabilidade do comando legal. A análise de teses contra a constitucionalidade de leis é privativa do Poder Judiciário.

5.1 – Quanto a estas matérias o CARF já editou Súmula neste sentido:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Processo nº 19515.002545/2010-69
Acórdão n.º **1302-001.073**

S1-C3T2
Fl. 66

Por todo o exposto restou caracterizada a receita omitida e a correção dos lançamentos realizados, já que as meras alegações do Recorrente, desprovidas de comprovação, mostram-se insuficientes para afastar as autuações.

Por todo exposto, nego provimento ao recurso voluntário e mantenho os créditos tributários.

(assinado digitalmente)

Guilherme Pollastri Gomes da Silva Relator