



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

Processo n° 19515.002888/2010-23
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1402-001.588 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2014
Matéria IRPJ
Recorrente GFA MODAS LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

Ementa:

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE.

Não se cogita de nulidade processual, nem dos lançamentos, ausentes as causas delineadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, ou no 142 do CTN.

NULIDADES. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A nulidade do lançamento somente se dá nos casos previstos no PAF, quando houver prejuízo à defesa ou ocorrer intervenção de servidor ou autoridade sem competência legal para praticar ato ou proferir decisão. Não configura qualquer dessas hipóteses, em especial a preterição do direito de defesa, rechaçam-se as alegações do sujeito passivo.

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

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITAS. NÃO APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS. DIVERGÊNCIA ENTRE VALORES DA DECLARAÇÃO SIMPLIFICADA E GIA DO ICMS.

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 de apresentar livros e documentos contábeis.

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: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006

MULTA QUALIFICADA.

A imposição da multa qualificada mostra-se justificada quando demonstrada a ação dolosa do contribuinte, 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 tributo devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICAÇÃO.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade, e no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Frederico Augusto Gomes de Alencar, Carlos Pelá, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Paulo Roberto Cortez e Leonardo de Andrade Couto.

deverá o contribuinte prestar esclarecimentos a respeito do fato, juntando cópia do(s) Auto(s) de Infração e de eventual defesa apresentada;

- se o contribuinte tivesse optado pela escrituração contábil, com respaldo na Instrução Normativa SRF nº 86, de 22/10/2001, deveria fornecer os Arquivos Magnéticos detalhados e com "layout" definido no Ato Declaratório Executivo COFIS nº 15, de 23/10/2001: Arquivo de Lançamentos Contábeis; Arquivo de Saldos Mensais; Tabelas de Plano de Contas e Tabela de Centro de Custos / Despesa.

1.2.3. Também foi solicitada indicação de endereço eletrônico (e-mail) para encaminhamento de solicitações ou esclarecimentos necessários no curso da ação fiscal e, no caso de nomeação de preposto para acompanhar a fiscalização, a Procuração específica para tanto.

1.2.4. Constatou do Termo que no caso de impossibilidade de entrega de qualquer dos itens, deveria ser apresentada justificativa por escrito.

1.2.5. Na mesma data de 07/07/2010 foi emitida intimação - dirigida ao sócio - específica de convite para acompanhamento de exame fiscal a ser realizado, nos termos do art. 109 da Lei nº 4.502/64, fls. 57. Este termo também foi recebido pelo sócio em 12/07/2010, "AR" às fls. 58.

1.3. Ainda, realizada intimação para conhecimento e ciência do Termo de Início da fiscalização pelo Edital nº 150/2010, fls. 13, afixado em 13/08/2010 e desafixado em 30/08/2010.

1.4. Em 04/08/2010 foi emitido o Termo de Embaraço à Fiscalização, fls. 59/63, dirigido ao sócio Georges e recebido em 11/08/2010, fls. 64, tendo em vista que nenhum documento, Livros, solicitações de prazo ou qualquer outra manifestação do fiscalizado foram apresentadas até 04/08/2010, como fundamento I do art. 33, da Lei 9.430, de 27.12.1996.

1.5. Às fls. 65/68 foi juntada a correspondência da empresa datada de 13/07/2010, dirigida à Fiscalização, informando que estava inativa desde maio/2008. Com a petição, apresentados os seguintes documentos (fls 69/293): contrato social e alteração, declaração de enquadramento da empresa como EPP; comprovante de inscrição e situação cadastral, procuração, foto do local sede da empresa, contrato de locação, contrato social e alteração da empresa Dhomus, comprovante de entrega das chaves do imóvel, ficha cadastral da JUCESP.

1.6. Às fls. 110 consta o Ofício/DIFIS-I/DEFIS/GAB/nº 267 de 18/05/2010 dirigido à Secretaria da Fazenda Estadual visando obter as GIAS mensais da empresa e, às fls. 111/135, cópia das informações obtidas (cadastro da empresa no SINTEGRA/ICMS e GIA (relatórios CFOPs Entradas e Saídas) do período de janeiro a dezembro de 2006.

1.7. Consta às fls. 136/168 Termo de Constatação-Intimação e Ciência Fiscal de 27/08/2010 dirigido ao contribuinte e recebido em 31/08/2010, fls. 169.

1.7.1. No referido Termo, a Autoridade Fiscal informa os dados do MPF e Termos emitidos pela fiscalização; os dados conhecidos pela RFB informados pelo contribuinte em suas declarações; relata os documentos solicitados, esclarece que devido à devolução do "AR" com a anotação de "ausente", com o objetivo de dar

continuidade ao procedimento fiscal, com conhecimento do recomendado no art. 26 da Lei n.º 9.784/1999, em 02/06/2010, efetivado contato telefônico dos números de telefone constantes das DIPJ 2007 e 2008 - tel. 3221.6686 e 3223.1934, e neste último a Auditora foi atendida pelo contador e solicitou manifestação do contribuinte e comparecimento do sócio na Divisão de Fiscalização da RFB. Descreve que foi procurada, por telefone, por pessoa que se identificou como advogada do contribuinte e, dias depois, recebeu a correspondência informando que a empresa estava inativa.

1.7.2. Relatado, ainda, que em virtude da falta de apresentação de documentos e comparecimento dos sócios, enviou os Termos de intimação aos sócios Georges e Hanibael.

1.7.3. O Termo também descreve os documentos apresentados (acima mencionados, com acréscimo das PJSI), reitera o rol pendente de apresentação, acrescenta pedido de todos os documentos que serviram de base à escrituração dos Livros Caixa e de Registro de Inventário, conforme art. 7º, § 1º, alínea "c", da Lei nº 9.317/96 ou art. 190, parágrafo único, inciso III, do RIR/99; solicita listagens contendo a composição analítica dos bens de seu Ativo Permanente, acompanhadas dos respectivos valores, e ainda cópias de Matrículas dos Bens Imóveis e Registros dos Veículos de Locomoção. Concedido novo prazo e esclarecidas as consequências da falta de atendimento.

1.7.4. Termos de igual teor foram encaminhados aos sócios Hanibael Saneh e Georges S. Abdallah (respectivamente às fls. 170/202 e 204/239), ambos recebidos na mesma data, 31/08/2010, fls. 203 e 240.

2. Do conteúdo descrito no Termo de Verificação Fiscal (fls. 242/287) e dos elementos acostados aos autos, destacam-se as seguintes intimações, documentos e informações:

2.1. De início, Autoridade Fiscal ressalta que as conclusões são relativas ao exame parcial realizado, relativo ao ano calendário de 2006.

2.2. Relata que a empresa sob exame apresentou a PJSI 2007 - AC 2006, PJSI 2008 - 1º semestre de 2007 E DIPJ 2008- lucro presumido 2º semestre de 2007. Registra que a receita bruta acumulada, informada para o ano de 2006, foi de R\$ 340.131,31.

2.3. Menciona que os atos praticados durante o procedimento fiscal foram relatados no Termo de Constatação - Intimação e Ciência Fiscal, expedido em 27/08/2010, cuja ciência se deu por via postal, da empresa, do sócio Georges e do sócio Hanibael, todos em 31/08/2010.

2.4. Afirma que até a elaboração do Termo, o contribuinte não se manifestou nem entregou os documentos solicitados. Entretanto, em carta resposta da procuradora da empresa, protocolizada em 10/08/2010, a mesma informou que o contribuinte não mais se encontrava no endereço cadastrado junto à Receita Federal do Brasil, mas não houve informação sobre a alteração de situação e dos dados cadastrais da fiscalizada, nem houve qualquer tipo de manifestação por parte do fiscalizado quanto ao atendimento da fiscalização.

2.5. Na mesma ocasião, aponta a apresentação de pequena parte dos documentos solicitados, a saber, contrato social e alteração contratual; declaração de enquadramento - EPP data de 12/01/2005; PJSI 2007 e 2008; DIPJ 2008; livro modelo 06 - registro de utilização de documentos fiscais e termos de ocorrências

(sem assinatura do contribuinte); ficha cadastral do contribuinte extraída do site da RFB; procuração; fotos de um local vazio; contrato de locação do imóvel localizado no endereço da empresa; contrato social e alteração contratual da empresa Dhomus; devolução de entrega das chaves do imóvel em 29/02/2008. No Termo foram enumerados todos os demais documentos solicitados e não apresentados.

2.6. A Auditora-Fiscal esclareceu que, esgotados os prazos e sem a apresentação dos elementos necessários, o crédito tributário foi lançado com base nos dados disponíveis, apontando as GIA declaradas ao Fisco Estadual pelo Contribuinte de janeiro a dezembro de 2006.

2.7. Informada como foi a apuração dos valores da omissão de receitas:

2.7.1. Reproduzida a receita bruta declarada/acumulada, mês a mês do ano de 2006 e sua totalização; informado os percentuais aplicados e os valores do Simples devido.

2.7.2. Com a análise dos valores declarados pelo Contribuinte, relativos ao ano de 2006, e diante da não apresentação de nenhum documento e/ou livros, a Autoridade Fiscal tomou como referência os elementos e dados disponibilizados à Receita Federal do Brasil, a título de receitas declaradas em comparação com as GIA - AC 2006, períodos de janeiro a dezembro/06, tempestivamente apresentadas pelo próprio fiscalizado à SEFAZ -Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

2.7.3. A partir das informações constantes das referidas GIA - AC 2006, a Receita Bruta foi apurada pela fiscalização, de acordo com o disposto no § 2º do art. 2º da Lei 9.317/96 e demonstrada nas planilhas n.º 01 e 02, anexas ao Termo.

2.7.4. Assim, foram apresentados todos os dados quanto ao período (cada mês de 2006); a receita apurada pela GIA AC - 2006 e a receita acumulada, totalizada em R\$ 3.387.966,74.

2.8. Com relação à referida omissão de receita, anotado que o art. 33 da Instrução Normativa - SRF nº 608/2006, determina a extensão às ME e as EPP de todas as presunções legais de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas, ainda que fundamentadas em elementos comprobatórios obtidos junto a terceiros. Assim sendo, com o confronto dos valores declarados na PJSI 2007 — AC 2006 e das GIA — AC 2006, para o período de janeiro a dezembro de 2006, foi demonstrada a apuração de omissão de receita, conforme dados declarados pelo próprio fiscalizado.

2.9. As apurações foram explicitadas nas planilhas 1, 2 e 3, anexadas ao Termo.

2.10. Esclarecido que as insuficiências de recolhimento mensais foram calculadas através da recomposição das receitas brutas mensais auferidas no período, tributando-se os valores apurados de acordo com os percentuais progressivos fixados em relação à receita bruta acumulada, conforme tabelas discriminadas na legislação vigente transcritas no Termo.

2.11. Conforme declarado pelo fiscalizado à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, a empresa auferiu no AC 2006 o total de Receita Bruta no montante de R\$ 3.387.966,74.

2.12. Informado que a omissão de receita apurada foi base de cálculo para autuação dos tributos/contribuições devidos; enfatizado que para o cálculo da referida cobrança foram excluídas as receitas declaradas pelo fiscalizado na sua PJSI 2007 - AC 2006. O demonstrativo apresenta e totaliza os valores da receita bruta apurada (R\$ 3.387.966,74), da receita bruta informada (R\$ 340.131,31) e a diferença encontrada, ou seja, a receita omitida (R\$ 3.047.835,43).

2.13. Consta do Termo o demonstrativo da constituição do crédito tributário, também detalhado na planilha nº 4, anexa ao termo. Ainda, informados os índices progressivos aplicáveis sobre a receita bruta e respectivas fundamentações legais para cada um dos tributos.

2.14. Com relação à autuação da omissão de receita, informado que sobre os impostos apurados, foram calculados os acréscimos legais devidos, com a multa qualificada de 150%, conforme explicitado no Termo.

2.15. Informado o enquadramento legal dos tributos lançados.

2.16. O Termo também trata da exclusão do Simples. Neste sentido, transcritos o art. 9º e os arts. 12 a 15 da Lei n.º 9.317/2006; art. 20 a 22 da IN SRF nº 608/2006, anotado que o contribuinte ultrapassou o limite máximo de faturamento mensal/anual, pois o valor total da Receita Bruta auferida em 2006 foi de R\$ 3.387.966,74. Assim, constatada a situação excludente do Simples e, pela falta de comunicação de tal fato à RFB, cientificado o fiscalizado da Representação Fiscal, com proposta para que o contribuinte fosse excluído do SIMPLES, com efeitos a partir do ano-calendário de 2007.

2.17. Pela falta de comunicação de sua exclusão do Simples, aplicada a multa prevista no art. 21 da Lei nº 9.317/2006, regulamentada no Art. 202 do RIR/99, com valor de 10% sobre o Simples devido no mês de dezembro, devidamente demonstrado no Termo.

2.18. A Auditora Fiscal relatou a ocorrência de sonegação fiscal, considerando a Lei 8.137, de 27/12/1990 que deu novos contornos aos crimes contra a ordem tributária e a Lei nº 4.729/65, que definiu a sonegação fiscal.

2.19. Ainda, com base nos arts. 34 e 37 da Instrução Normativa SRF nº 608/2006, aplicada a multa qualificada de 150%, vez que o contribuinte declarou à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo nas GIA de 2006 valores muito superiores aos informados na PJSI do mesmo ano, devidamente demonstrados, concluindo que assim agindo restou caracterizado o evidente intuito de fraude, visando eximir-se de, aproximadamente, 90% do pagamento mensal dos tributos e contribuições federais.

2.20. A Autoridade Fiscal considerou que, diante da apresentação de falsa Declaração PJSI 2007 - AC 2006 e do falso enquadramento no SIMPLES no 1º semestre de 2007 (ao apresentar a PJSI 2008 - SIMPLES - Jan a Jun 2007) e em face da referida omissão de receita já relatada, concluiu que o fiscalizado vulnerou normas legais que implicam na de multa de ofício qualificada, de acordo com o artigo 957 do RIR/99.

2.21. Enfatizado que caso a Receita Bruta declarada à SEFAZ, nas GIA tempestivamente apresentadas, fosse igualmente declarada à Receita Federal do Brasil, o contribuinte estaria obrigatoriamente excluído do sistema SIMPLES, conforme determinado na Lei n.º 9.317/96, e deveria formalizar tal situação à RFB, através de alteração cadastral, até o último dia útil de janeiro de 2007, atitude esta

intencionalmente não adotada pelo fiscalizado, posto que apresentou a RFB, a PJSI - 2008 - SIMPLES, referente ao período de Jan a Jun/2007.

2.22. Acrescentado que especificamente em relação ao SIMPLES Federal, a falsidade das declarações, com vistas à obtenção da indevida inclusão no sistema, caracteriza crime de falsidade ideológica (Código Penal, art. 299), configurando, por decorrência, crime contra a ordem tributaria (Lei nº 8.137, de 1990, art. 1º), sem prejuízo do enquadramento da empresa em outras figuras penais cabíveis, a que também estão sujeitos os titulares ou sócios da pessoa jurídica (Lei nº 9.317, de 1996, art. 22, regulamentada através do art. 203 da RIR/99).

2.23. Assim, caracterizada a apresentação de falsa declaração e a omissão de informação com a intenção de eximir-se do pagamento de tributos e quaisquer adicionais devidos por lei, restou motivada a aplicação da multa estipulada no inciso II do Artigo 95 do RIR/99.

2.24. Ainda, tendo em vista os fatos narrados, consideradas as pessoas físicas (os sócios Georges Said Abdallah e Hanibael saneh) como responsáveis pelas infrações à lei, cometidas na direção da empresa fiscalizada, segundo os artigos 134, 135 e 137 do CTN, vide no Termo o item VII às fls. 276/277. Neste sentido, o Auditor Fiscal aduziu jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

2.25. Nos termos do art. 138 do CTN, considerada afastada a espontaneidade e a possibilidade de retificações por iniciativa do contribuinte para alterar os valores originais declarados, com o intuito de livrar-se das autuações e penalidades ora estabelecidas.

2.26. Informada a fundamentação legal da autuação.

2.27. Anotado que a ação fiscal foi procedida à vista dos elementos disponíveis até a data da lavratura dos Autos e restringiu-se ao confronto dos valores declarados nas DIPJ originalmente apresentadas à RFB com os montantes declarados nas GIA - guias de informação e apuração do ICMS, relativamente ao Exercício de 2007, Ano-calendário de 2006, conforme discriminado no Termo de Constatação Fiscal.

2.28. Registrado que a Ação Fiscal continuou em andamento, com vista ao exame das operações relativas ao imposto de renda referente ao ano calendário de 2007.

2.29. O Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, fls. 04, informa que o valor total do crédito apurado no presente processo é de **R\$ 1.073.808,72**, incluídos o principal, multa e juros.

2.30. O presente processo contém o demonstrativo de percentuais aplicáveis sobre a receita bruta (fls. 294/298), o demonstrativo de apuração dos valores não recolhidos (fls. 299/304), assim como o demonstrativo de apuração dos imposto/contribuição sobre diferenças apuradas, fls. 305/310.

2.31. Em 21/09/2010 foram lavrados os seguintes Autos de Infração, cujas cópias foram enviadas ao Contribuinte, assim como os respectivos valores de crédito apurado, demonstrativo dos valores devidos e demonstrativo de multa e juros:

- Imposto de Renda Pessoa Jurídica - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 69.648,60; Auto de Infração, fls. 316/320 e demonstrativos às fls. 311/315;

- Contribuição para o PIS/PASEP - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 50.987,05; Auto de Infração, fls. 326/330 e demonstrativos às fls. 321/325;

- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 73.029,02; Auto de Infração, fls. 336/340 e demonstrativos às fls. 331/335;

- Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 215.187,89; Auto de Infração, fls. 346/350 e demonstrativos às fls. 341/345;

- Imposto sobre Produtos Industrializados - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 48.793,46; Auto de Infração, fls. 356/360 e demonstrativos às fls. 351/355

- Contribuição para Seguridade Social - INSS - SIMPLES. Valor de crédito apurado: R\$ 613.279,20; Auto de Infração, fls. 366/370 e demonstrativos às fls. 361/365.

- Multa Regulamentar: Valor de R\$ 2.883,51; Auto de Infração, fls. 372/374 e demonstrativo às fls. 371.

2.32. Anota-se que ao final de cada Auto de Infração, consta a respectiva fundamentação legal relativa ao tributo e aos acréscimos legais (multa e juros).

2.33. O enquadramento legal da multa de ofício aplicada é o artigo 44, Inciso I, da Lei nº 9.430/1996 c/c art. 19 da Lei nº 9.317/96 (75%) e artigo 44, Inciso II, da Lei nº 9.430/1996 c/c art. 19 da Lei nº 9.317/96 (150%); enquadramento legal dos juros de mora aplicado é o artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996.

2.34. O Termo de encerramento da Ação Fiscal, datado de 21/09/2010, foi juntado às fls. 375/376.

2.35. A Fiscalizada foi cientificada do Termo de Verificação, de todos os Autos de Infrações e do Termo de Encerramento em 28/09/2010, vide "AR" às fls.377.

3. O Contribuinte apresentou, tempestivamente (fls. 501), impugnação à autuação (razões às fls. 385/441). Acompanham a impugnação as seguintes cópias (fls. 442/473): documentos pessoais do sócio Georges; contrato e alterações contratuais; declaração de enquadramento - EPP; informação da localização do processo em 19/10/2010 -COMPROT; petição do contribuinte dirigida à fiscalização datada de 30/07/2010. Os argumentos impugnativos, em síntese, são:

3.1. Inicialmente a Defendente relata os fatos com o enfoque dado pela Autoridade Fiscal quanto à omissão de receitas e insuficiência de recolhimento, valores e fundamentação legal de cada um dos autos de infração relativo aos impostos e tributos, assim como com a descrição do crédito tributário apurado.

3.2. Em preliminar, alega cerceamento de defesa.

3.2.1. Neste rumo, afirma que ao receber o envelope pelos correios, verificou que não foram fornecidos todos os documentos que ensejaram à autuação; que foram entregues somente o "Termo de Constatação Fiscal", Autos de Infração, seus anexos e "Termo de Encerramento". Colaciona jurisprudência e art. 5º da Constituição Federal sobre o tema.

3.2.2. Também alega que às vésperas da data fatal para a apresentação da impugnação, o processo de autuação ainda se encontrava com a Auditora Fiscal na DIV FISCALIZAÇÃO INDÚSTRIA - DEFIC-SPO-SP, conforme comprova a pesquisa COMPROT realizada no dia 19/10/2010 que anexa. Assim, afirma que passados 21 dias de sua cientificação, o processo fiscal deveria estar concluído e à disposição da autuada na Repartição Fiscal, para que esta pudesse tomar vistas e obter cópia do mesmo.

3.2.3. Considerando que o processo continuava em poder da Autuante na DIV FISCALIZACAO INDÚSTRIA-DEFIC-SPO-SP sem a sua conclusão, este fato, além de acarretar danos irreparáveis à sua defesa também está em desacordo com o disposto no art. 4º, do Decreto n.º 70.235/72, com o devido processo legal, em contrariedade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa previstos no art. 5º da Constituição Federal. Transcreve doutrina.

3.2.4. Discorre sobre os princípios da Legalidade e da Publicidade, nos termos do artigo 37, "caput", da Constituição Federal; transcreve o art. 2º da Lei 9.784/99 e defende que todos os atos praticados pelo agente fiscal devem ser cientificados, por escrito, ao contribuinte ou seu preposto, sob pena de vício formal e de causar nulidade do processo.

3.3. Em seguida, trata da aplicação indevida da multa qualificada.

3.3.1. Alega que para sua aplicação deve ser plena a caracterização e comprovação pela Auditora-Fiscal de que tenha sido constatada qualquer conduta concernente à falsidade material, ideológica e/ou desatendimento injustificado à intimação.

3.3.2. No presente caso, ressalta que a empresa está inativa, sem atividades desde 2008, conforme informado à fiscalização e que, portanto, não recebeu nenhuma intimação no endereço constante do cadastro da RFB.

3.3.3. Acrescenta que não ficou caracterizado nos autos que o sujeito passivo da obrigação tributária praticou ação ou omissão com a finalidade de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador do imposto, ou ainda, que teve o intuito de excluir ou modificar suas características para reduzir o montante do imposto devido e evitar ou diferir seu pagamento, situações estas que poderiam constituir evidente intuito de fraude.

3.3.4. Sustenta que a aplicação da multa qualificada só é possível se o sujeito passivo, no prazo marcado, não prestar esclarecimentos e não apresentar livros e documentos, ou ainda, se estivessem presentes os fatos caracterizadores de evidente intuito de fraude, como definido nos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, fato este que não ocorreu no caso presente.

3.3.5. Articula que, se houvesse o desatendimento das intimações, necessariamente deveria ter sido lavrado auto de infração - multa regulamentar por embaraço à fiscalização. Entretanto, apenas foi lavrado termo de embaraço à fiscalização devido ao retorno da correspondência com a anotação de "destinatário ausente", destacando que a Auditora não compareceu no endereço da empresa para confirmar o encerramento das atividades.

3.3.6. Questiona a solicitação de arquivos magnéticos para uma empresa de pequeno porte e a respectiva lavratura do Termo de Embaraço à fiscalização.

3.3.7. Acrescenta que a intimação de 07/07/2010 solicitando documentos teve como fundamento o art. 109 da Lei n.º 4.502/64 (Lei que trata de imposto de consumo), cujo imposto já não existe mais. Conclui que o suposto não atendimento da intimação, não prejudicou em nada a apuração da matéria tributável, portanto, a aplicação de multa qualificada é indevida e ilegal.

3.3.8. Ainda, reitera que a aplicação da multa qualificada, somente é justificável quando a contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502/64, e a Auditora Fiscal deveria ter minuciosamente justificado e comprovado sua ocorrência, mas não o fez. Portanto, não havendo comprovação do dolo, da fraude ou da simulação, a multa qualificada não pode ser aplicada. Aduz jurisprudência.

3.3.9. Repisa sua contestação quanto à aplicação da multa agravada pelo motivo que expôs e afirma que, nestas condições, seria pertinente a multa regulamentar em processo apartado. Como não foi este o procedimento, entende que a multa aplicada deve ser exonerada.

3.3.10. Aduz, mais uma vez, que não foi garantido ao contribuinte o direito ao contraditório e à ampla defesa, o que torna nulo o lançamento, insubsistente o crédito tributário e os autos de infração.

3.4. No mérito, alega desacertos no procedimento adotado pela Autoridade Fiscal.

3.4.1. Detalha e relata as intimações suspeitando de irregularidades como o pedido via ligação telefônica. Argumenta que em atendimento à fiscalização entregou "embora de forma parcial" os documentos e livros solicitados, reiterando as narrativas anteriores, inclusive quanto ao termo de embarço à fiscalização.

3.4.2. Contesta a lavratura do auto de infração de Imposto sobre Produtos Industrializados alegando que a empresa atua no ramo de vestuário, cuja alíquota de IPI é zero.

3.4.3. Retoma sua informação prestada à autoridade Fiscal quanto à situação de inatividade e revela surpresa com o recebimento de "Termo de Constatação Fiscal", ao invés de uma resposta à sua informação.

3.5. Também no mérito, trata da "presunção legal de omissão de receita pela suposta diferença entre os valores constantes na declaração simplificada entregue e as GIAS/ICMS-SP

3.5.1. Neste aspecto, o Contribuinte questiona a falta de informação sobre a forma em que foram obtidas as informações das GIAS/ICMS, afirmando que deveria ter sido intimada, na pessoa de seu sócio, para acompanhar a diligência para a obtenção dessas informações (GIAS/ICMS), conforme previsto no art. 26 da Lei nº 9.784/99.

3.5.2. Afirma que o não cumprimento do referido dispositivo acarreta cerceamento de defesa e macula todo o procedimento fiscal.

3.5.3. Partindo-se da premissa que o Fisco não juntou aos autos informações acerca da origem e/ou coleta das informações e/ou cópias das GIAS/ICMS, as informações sobre GIAS/ICMS devem ser consideradas de origem duvidosa, pretendendo o seu desentranhamento dos autos.

3.6. Quanto ao ônus da prova, alega que este cabe única e exclusivamente ao Fisco, quanto à existência material e fática dos pressupostos exigidos no Código Tributário Nacional, que embasam a cobrança de qualquer tributo e que não pode ser exigido do Contribuinte a prova negativa. Discorre sobre o ônus da prova, inclusive segundo o que dispõe o CPC, CPP, doutrina, jurisprudência e Lei nº 9.784/99.

3.6.1. Em suma, afirma que o princípio do livre convencimento da autoridade fiscal sofre limitações decorrentes da garantia constitucional do contraditório e da observância das prescrições legais na obtenção de prova.

3.6.2. Ainda, pontua que o art. 112 do CTN determina para o caso de dúvida a interpretação de maneira mais favorável ao acusado.

3.6.3. Assim, articula no sentido de que informações das "supostas GIAS/ICMS" nada trazem de concreto para elucidar os fatos, além de não comprovarem com exatidão que o Contribuinte em questão teria, efetivamente, omitido receita, concluindo que o crédito tributário foi constituído com base em indícios e de forma arbitrária.

3.6.4. Defende a busca e observância do princípio da verdade material como enfoque obrigatório da Administração, colaciona doutrina sobre o tema.

3.6.5. Ademais, entende que houve desrespeito ao princípio da legalidade, entre outros princípios que também menciona, vez que o lançamento foi baseado em meros indícios; trata da necessária subsunção dos fatos à norma, retoma a questão da verdade material e da presunção à luz da doutrina que colaciona.

3.6.6. Conclui que as informações das "supostas GIAS/ICMS" poderiam ser consideradas como "valiosos indícios", mas não como prova de omissão de receitas.

3.7. Ainda, a Impugnante alega repetição de meses na apuração do valor tributável sem a explicação da forma de cálculo no que diz respeito à competência outubro/2009, cujo lançamento transcreve e questiona, alegando que a Fiscalização ao considerar dois valores num mesmo mês gerou dúvida e maculou a credibilidade ao lançamento, acrescentando que a falta de demonstração e explicação sobre as razões para o procedimento contraria o art. 142 do CTN.

3.7.1. Portanto, como a Auditora Fiscal não demonstrou como efetuou os cálculos do montante do tributo devido, o fato causou dúvidas quanto ao lançamento de ofício efetuado e, nestas condições entende que este deve ser anulado.

3.8. Em acréscimo alega erro no calculo do crédito tributário, afirmando que este não foi constituído de acordo com os critérios próprios do Simples, que não foi efetivado com observância das regras pertinentes ao tratamento diferenciado simplificado aplicável às microempresas e empresas de pequeno porte optantes do sistema SIMPLES.

3.8.1. Neste sentido, menciona e transcreve a legislação atinente ao Simples, ressalta a previsão de pagamento mensal unificado dos impostos e contribuições e, assim, considera indevida a constituição do crédito tributário em diversos autos e em infração ao inciso IV do art. 5º do Decreto no 70.235/72, cumulado com o caput do art. 142 do CTN.

3.8.2. Reproduz o art. 10 da IN SRF n.º 355/2003, menciona os percentuais aplicáveis e afirma que se a empresa tivesse excedido ao limite de receita bruta acumulada prevista nesse dispositivo legal, deveria ter sido aplicado o percentual de 10,32% e nunca tributado separadamente.

3.8.3. Nestas condições, entende que os valores lançados separadamente devem ser excluídos do crédito tributário, aplicando-se, "se for o caso", tão somente a correspondente alíquota prevista para empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES.

3.9. Por fim, trata dos juros moratórios relembrando o disposto no Código Civil, no Decreto nº. 22.626 (Lei de Usura), de 07/04/33 e no art. 161 do CTN. Acrescenta doutrina sobre o tema.

3.9.1. Defende que o limite máximo de juros moratórios é de 1% ao mês e a utilização da taxa SELIC é ilegal, argumentando além da ilegalidade apontada também a inconstitucionalidade da SELIC para o cálculo de juros de mora devidos quando não pagos os tributos e contribuições sociais arrecadados pela Receita Federal nos prazos previstos na legislação tributária. Contesta a adoção da taxa SELIC.

3.9.2. Conclui que a aplicação da taxa SELIC desrespeita o art. 161 do CTN e o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, entendendo como cabível a utilização de juros de mora de apenas 1% ao mês, nos cálculos dos débitos de natureza tributária, inclusive na hipótese de ser mantida a exigência fiscal em questão.

3.10. Em seu pedido, requer o cancelamento dos autos de infração de IRPJ-SIMPLES, PIS-SIMPLES, CSLL-SIMPLES, COFINS-SIMPLES, IPI — SIMPLES e Contribuição para a Seguridade Social - SIMPLES e o arquivamento do processo administrativo fiscal, protestando provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela juntada de documentos, diligências, perícias e vistorias, entre outras que se façam necessárias.

4. Às fls. 487, juntado o Ato Declaratório Executivo DERAT/SPO/DIORT/EQRES nº 021/2011 que exclui do Simples o contribuinte em questão, com efeitos a partir de 01/01/2007.

4.1. A respectiva intimação (cópia às fls. 488) encaminhada pela via postal restou infrutífera (fls. 491), o que ensejou a intimação via edital, nº 05/2011, fls. 492.

4.2. O prazo para manifestação de inconformidade ao Ato Declaratório Executivo de exclusão do contribuinte do Simples escoou sem qualquer providência por parte do interessado, fls. 501.

4.3. Nestas condições, fls. 501, o processo foi encaminhado para esta Delegacia, para julgamento.

É o relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 16-39.961 (fls. 502-527) de 22/06/2012, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento. A decisão foi assim ementada.

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006

Ementa:

NULIDADE. INAPLICABILIDADE. Não se cogita acerca de nulidade quando não se vislumbram nos autos quaisquer das hipóteses previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Tendo havido, por parte do contribuinte, conhecimento e ciência de todos os requisitos que compuseram a autuação; contendo o auto de infração suficiente descrição dos fatos e correto enquadramento legal, sanadas as irregularidades, dada ciência e oportunizada a manifestação do autuado, ou seja, atendida integralmente a legislação de regência, não se verifica cerceamento do direito de defesa.

PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS ADICIONAIS, INCLUSIVE PERÍCIA. A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo as exceções constantes no § 4º do art. 16 do Decreto 70.235/72 e a solicitação de diligência ou perícia deve obedecer ao disposto no inciso IV do mesmo dispositivo legal.

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

Ano-calendário: 2006

OMISSÃO DE RECEITAS. NÃO APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS. DIVERGÊNCIA ENTRE VALORES DA DECLARAÇÃO SIMPLIFICADA E GIA DO ICMS. 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 de apresentar livros e documentos contábeis.

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: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2006 MULTA QUALIFICADA. A imposição da multa qualificada mostra-se justificada quando demonstrados suficientes indícios da ação dolosa do contribuinte, 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 tributo devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. LEGALIDADE. A cobrança de juros de mora está em conformidade com a legislação vigente, não sendo da

Processo nº 19515.002888/2010-23
Acórdão n.º **1402-001.588**

S1-C4T2
Fl. 666

competência desta instância administrativa a apreciação da constitucionalidade de atos legais. Inexiste ilegalidade na aplicação da taxa SELIC, porquanto o Código Tributário Nacional (art. 161, § 1º) outorga à lei a faculdade de estipular os juros de mora incidentes sobre os créditos não integralmente pagos no vencimento e autoriza a utilização de percentual diverso de 1%, desde que previsto em lei.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 19/11/2012 (documento de fl. 564) a interessada interpôs recurso voluntário em 27/11/2012 (fls. 565-589) onde repisa os argumentos apresentados em sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

Da preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

Não vislumbro a nulidade suscitada.

Inicialmente, cabe esclarecer que, 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:

“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. (Grifou-se).

Nesses termos, o cerceamento do direito de defesa somente pode ser cogitado em face de despachos e decisões. Sendo o auto de infração um ato administrativo, a declaração de 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 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.

Não se evidencia nos autos a ocorrência de quaisquer das hipóteses mencionadas, tendo em vista que a descrição dos fatos é clara e precisa, não comportando dúvida quanto aos fatos imputados, conforme Termos e anexos; históricos, enquadramentos legais e demonstrativos de apuração.

Como bem destacado na decisão recorrida, da leitura do Termo de Constatação-Intimação e Ciência Fiscal (fls. 136/168) e do Termo de Constatação Fiscal (fls. 242/287) percebe-se que a Autoridade Autuante narrou, com clareza e coerência, as etapas do procedimento fiscal e os fatos verificados em consequência daquele, bem como a correspondente subsunção às normas legais de regência. Constam dos referidos termos os dispositivos legais que fundamentaram os Autos de Infração lançados, estando ainda presentes no processo, em forma de planilha, a composição analítica da base de cálculo e os demonstrativos de cálculo dos tributos devidos.

Ao contrário do que alega a Recorrente, os documentos fornecidos ao Contribuinte quando da autuação (Termo de Constatação Fiscal, Autos de Infração e anexos, Termo de Encerramento) foram os necessários e suficientes para garantir seu pleno conhecimento dos fundamentos de fato e de direito do lançamento; a motivação da origem dos valores considerados e sua discriminação.

Ademais, é oportuno ressaltar que antes da autuação, toda a sorte de medidas (vide a narrativa no Termo de Constatação-Intimação, fls. 136/168) foi utilizada pela Auditora-Fiscal para garantir o esclarecimento dos fatos. A contribuinte, por seu turno, preferiu tão somente apresentar seu contrato social e alteração, a declaração de enquadramento - EPP; a PJSI 2007 e 2008; a DIPJ 2008; o livro de registro de utilização de documentos fiscais e termos de ocorrências (sem assinatura do contribuinte), a ficha cadastral do contribuinte extraída do site da RFB; procuração; fotos de um local vazio e documentos relativos ao imóvel localizado no endereço da empresa. Em resumo, nenhum livro ou documento de seus registros contábeis foi apresentado.

Merece destaque, também, que a contribuinte, por meio da intimação de fls. 57, foi convidada a acompanhar o exame fiscal a ser realizado e apesar de ter recebido o "AR", fls. 58, também não demonstrou interesse. Apenas encaminhou a correspondência sobre sua inatividade e apresentou os documentos já mencionados (fls. 65/293).

Os documentos integrantes da autuação disponibilizados para a Contribuinte e o prazo legal conferido, após ter sido cientificada do lançamento, mostraram-se plenamente adequados para a apresentação tempestiva de seus questionamentos, consubstanciados na Impugnação de fls. 385/441 e no Recurso Voluntário de fls. 565/589, nos quais demonstra conhecer plenamente os fatos que lhe foram imputados. Assim, tendo sido a interessada regularmente cientificada do lançamento e dos relatórios componentes, inexistente qualquer cerceamento de defesa ou irregularidade neste sentido.

O argumento de que em 19/10/2010 o processo ainda se encontrava da Divisão de Fiscalização, ao contrário do que pretende a Recorrente, apenas confirma que conhecia o paradeiro do processo dentro da Administração e que, se quisesse, poderia solicitar vistas, sendo apenas fruto de seu imaginário a afirmação de que a autuação ainda não estaria concluída.

Ressalte-se, ainda, que o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, assegurado pela Constituição de 1988, tem por escopo oferecer aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, o direito à reação contra atos desfavoráveis, momento esse em que a parte interessada exerce o direito à ampla defesa, cujo conceito abrange o princípio do contraditório. A observância da ampla defesa ocorre quando é dada ou facultada a oportunidade à parte interessada em ser ouvida e a produzir provas, no seu sentido mais amplo, com vista a demonstrar a sua razão no litígio. E isto foi garantido ao Contribuinte na fase contenciosa do processo administrativo.

Conclui-se, portanto, que as alegações trazidas pela Recorrente quanto à nulidade da autuação não merecem amparo, destacando-se que o auto de infração foi lavrado por pessoa competente e está perfeito do ponto de vista formal, consoante as disposições legais do artigo 10 do Decreto n.º 70.235/1972 e, ainda, em conformidade com o artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Rejeito, pois, a preliminar suscitada.

Dos procedimentos da Autoridade Fiscal

No mérito, por entender bem assentados, adoto os fundamentos da decisão recorrida, inclusive quanto à observação sobre a forma rude e inadequada que a Impugnante/Recorrente qualifica o trabalho da Auditora-Fiscal, sem qualquer razão quanto aos argumentos articulados.

A suspeita de irregularidade no contato telefônico da Autoridade Fiscal é de toda pueril diante do relato contido no Termo de Constatação-Intimação e Ciência Fiscal, vide fls. 143 e 144, onde a Auditora-Fiscal, após acompanhar que a intimação não foi recebida pela empresa, esclarece que *"com o objetivo de dar continuidade ao procedimento fiscal, com conhecimento do recomendado no art. 26 da Lei n.º 9.784/1999, em 02/06/2010, fiz o primeiro contato telefônico através dos números de telefone constantes das DIPJs 2007 e 2008",* solicitando o comparecimento de representante do contribuinte na Receita Federal. Destaca-se que a Auditora-Fiscal fez constar que *"em função do contato acontecer por via telefônica, nenhuma outra informação sigilosa foi fornecida e foi devidamente enfatizado que demais dados e informações, bem como ciência de Termos só seriam feitos através de representante eleito pelo fiscalizado, somente se o mesmo estivesse munido de devida procuração".*

No referido Termo consta o relato de outras ligações trocadas entre a Auditora-Fiscal e a pessoa que se identificou como advogada da empresa, sempre com o cuidado de não serem fornecidos dados sigilosos, em razão da não apresentação de instrumento de mandato.

Ao contrário do que a Autuada tenta induzir, a conduta da Autoridade Fiscal não merece censura, foi transparente e direcionada a bem conduzir seu trabalho.

Anota-se que a intimação via postal é prevista na legislação, não há qualquer irregularidade no fato de a Administração chamar o contribuinte para comparecer à repartição. Nesse caso, restou evidente que a informalidade do chamado telefônico visou tão somente garantir ao próprio contribuinte a sua oportunidade de conhecimento e participação na apuração fiscal.

Dessa forma, não vislumbro qualquer mácula ou crítica à conduta fiscal adotada.

Do alegado erro de cálculo no montante tributável

Contesta a lavratura do auto de infração alegando erro de cálculo no montante tributável.

Diante dos argumentos apresentados pela Recorrente, cumpre esclarecer que durante o ano calendário de 2005 a Contribuinte era optante pela sistemática do Simples e, em tal condição, sujeitava-se ao pagamento unificado de impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte inscritas no referido sistema diferenciado, conforme disposto no § 1º, art. 3º, da citada Lei nº 9.317/96, *in verbis*.

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte -Simples.

§ 1º A inscrição no Simples implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;

b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;

c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS;

e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;

f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996, os arts. 22 e 22A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 e o art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994. (Redação dada pela Lei nº 10.256, de 9.10.2001) (Vide Lei nº 10.034, de 24.10.2000)

(destaques não constam do original)

Tendo em vista que o Simples é um sistema de tributação diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte e que prevê o pagamento unificado de tributos, sua regência se dá por ordenamento próprio (Lei nº 9.317/96) restando afastadas quaisquer outras previsões tributárias gerais que não lhe sejam suplementares.

Assim, muito embora o sistema em epígrafe enquadre os optantes em uma das faixas de percentuais de valor devido incidentes sobre a receita bruta mensal auferida e o recolhimento simplificado se dê por intermédio de uma única guia (DARF -Simples), a correspondente alíquota representa a composição das alíquotas individualizadas dos tributos englobados no regime de tributação simplificado, de acordo com os artigos 3º, 5º, 23 e 24 da supracitada lei especial. Repisa-se: o Simples não é um tributo, mas uma sistemática diferenciada criada para pagamento unificado de vários tributos.

Portanto, ao ser constatado que a Contribuinte deixou de recolher os tributos devidos, a apuração dos valores devidos e os conseqüentes lançamentos consideraram os tributos em espécie, tudo conforme determinado pelo citado art. 23 da Lei nº 9.317/96, sem que, por óbvio, tenha restado descaracterizada a referida sistemática ou o regramento a esta atinente.

Em suma, os diversos Autos de Infração, reunidos em um único processo, **apenas refletem a composição do lançamento relativo à sistemática especial em apreço.**

Ressalte-se que a base de cálculo da tributação para os optantes do Simples corresponde à receita bruta que, em geral, compreende o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações de conta alheia, excluídas as vendas canceladas, as devoluções de vendas, os descontos incondicionais concedidos e os impostos não cumulativos cobrados, destacadamente do comprador ou contratante, e dos quais o vendedor dos bens ou prestador dos serviços seja mero depositário.

Pelo exposto, não vislumbro equívocos no cálculo do crédito tributário como alegado pela Recorrente, em decorrência da constituição de autos de infração para cada tributo componente do regime simplificado de tributação. Não há, friso, aumento em razão da forma desmembrada do lançamento, ao contrário, há maior visibilidade das alíquotas aplicadas e da apuração do imposto/contribuições devidas, vide, neste sentido, os demonstrativos de fls. 294/310.

Da alegada repetição de meses na apuração do valor tributável

Oportuno mencionar, também, que inexistente a alegada repetição de meses na apuração do valor tributável.

Na competência mencionada pela Autuada - outubro/2006 - a base de cálculo (receita bruta) é uma só e corresponde à soma dos dois valores que foram desmembrados para aplicação das alíquotas devidas, uma vez que neste mês a receita bruta acumulada ultrapassou o limite legal anual. A partir de tal evento, a alíquota passa de 13,10% para 15,72%, tudo devidamente demonstrado às fls. 305/310, em especial às fls. 308.

Relembra-se que o cálculo é realizado através da recomposição das receitas brutas mensais auferidas no período, tributando-se os valores apurados de acordo com os percentuais progressivos fixados em relação à receita bruta acumulada.

Da Multa de Ofício Qualificada

A Autuada contesta a aplicação da multa qualificada argumentando que não houve desatendimento injustificado à intimação, nem que ficou caracterizada a prática de ação ou omissão com a finalidade de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador do imposto pelo sujeito passivo, ou ainda, que teve o intuito de excluir ou modificar suas características para reduzir o montante do imposto devido e evitar ou diferir seu pagamento, situações estas que poderiam constituir evidente intuito de fraude.

Equivocado é o entendimento da Autuada que mistura fundamentos diversos que ensejam não só a multa qualificada, mas outras igualmente previstas em lei, para situações diferentes.

Há que se esclarecer que nos casos de lançamento de ofício são aplicadas as multas conforme previsto no art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Portanto, no presente caso, a multa qualificada (150%) decorre da subsunção dos fatos ao § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, ou seja, a omissão de receitas relacionadas ao faturamento da empresa autuada que foi apurado em suas declarações ao Fisco Estadual (GIA) devidamente demonstrado no Termo de Constatação Fiscal, fls. 242/287, nas planilhas de fls. 288/293 e documentos de fls. 111/135.

Neste ponto, é oportuno lembrar que a multa prevista na Lei nº 9.430/96, art. 44, § 1º, que remete expressamente à Lei nº 4.502/64, art. 71 a 73, exige a verificação do dolo denominado de genérico.

No caso concreto, revela-se imprescindível e suficiente a constatação e a conseqüente demonstração, nos autos do processo administrativo que constitui o crédito tributário correspondente, dos indícios da ocorrência do intuito fraudatório ou sonegatório, consubstanciada na intenção de se eximir do cumprimento das obrigações tributárias, vide a descrição contida no Termo de Constatação.

Assim, a imposição da multa qualificada mostra-se justificada quando demonstrados suficientes indícios da ação dolosa do contribuinte 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 tributo devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

No presente caso, a Autoridade Fiscal deixou expresso no Termo de Constatação (fls. 242/287) que, com fundamento nos arts. 34 e 37 da Instrução Normativa SRF nº 608/2006, aplicou a multa qualificada de 150% porque o contribuinte declarou à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo nas GIA de 2006 valores muito superiores aos informados na Declaração PJSI do mesmo ano, devidamente comprovados e demonstrados, concluindo que o Contribuinte assim agindo caracterizou o evidente intuito de fraude, visando eximir-se de, aproximadamente, 90% do pagamento mensal dos tributos e contribuições federais.

Mais ainda. Considerou que, diante da apresentação de falsa Declaração PJSI 2007 - AC 2006 e do falso enquadramento no SIMPLES no 1º semestre de 2007 e em face da omissão de receita relatada, quedaria reforçada a pertinente aplicação de multa de ofício qualificada, de acordo com o artigo 957 do RIR/99.

Enfatiza, ademais, a Autuante que caso a receita bruta declarada à SEFAZ, nas GIA tempestivamente apresentadas, fosse igualmente declarada à Receita Federal do Brasil, o contribuinte estaria obrigatoriamente excluído do SIMPLES, devendo tal situação ser formalizada junto à RFB. Ao falsear deliberadamente tal situação, vez que apresentou à RFB, a PJSI - 2007 – SIMPLES, agiu a Autuada com o intuito doloso passível de qualificação da multa de ofício.

Também foi considerado pela Auditora-Fiscal que, especificamente em relação ao SIMPLES Federal, a falsidade das declarações, com vistas à obtenção da indevida inclusão no sistema, caracteriza crime de falsidade ideológica (Código Penal, art. 299), configurando, por decorrência, crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137, de 1990, art. 1º), sem prejuízo do enquadramento da empresa em outras figuras penais cabíveis, a que também estão sujeitos os titulares ou sócios da pessoa jurídica (Lei nº 9.317, de 1996, art. 22, regulamentada através do art. 203 da RIR/99).

Em outro giro, não há espaço aqui para o entendimento da Recorrente de que a multa de 150% decorreu do não atendimento das intimações ou da falta de apresentação de arquivos magnéticos. A conduta, nesse caso, seria punível com o agravamento da multa de ofício, figura essa distinta da qualificação daquela multa. Nos autos de infração atacados não houve agravamento, mas tão-somente qualificação da multa de ofício.

Dos juros de mora aplicados

Neste tópico, importante registrar que a lei, cuja ilegalidade ou inconstitucionalidade não tenha sido declarada, surtirá efeitos enquanto vigente, e será, obrigatoriamente, cumprida pela autoridade administrativa por força do ato administrativo vinculado.

Neste sentido, o art. 26-A, do Decreto nº 70.235/72 (com a redação dada pela Lei nº 11.941/09) veda, no âmbito administrativo, que os órgãos de julgamento afastem ou deixem de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

A cobrança de juros de mora sobre o crédito não integralmente pago no vencimento está prevista no próprio CTN, art. 161, que assim dispõe:

Art. 161. O crédito ...

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

(destaques não constam do texto original)

Da leitura do § 1º do artigo 161, do CTN, observa-se que somente quando lei especifica **não dispuser de modo diverso** é que a taxa dos juros de mora será de 1% ao mês, não se encontrando presente no dispositivo legal a necessidade de taxa de juros criada por lei. Nesses exatos termos se encontram os dispositivos legais da Lei nº 9.430/96 que disciplinou a aplicação da taxa Selic como índice de juros incidente sobre os tributos ou contribuições não recolhidas no prazo legal.

Neste sentido, a Lei nº 9.430/96 ao dispor sobre o lançamento de tributos e contribuições (aplicável, portanto, ao Imposto sobre a Renda), assim determinou:

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;

(...)

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, 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 de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

"Art. 5º...

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia -SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento."
(grifamos)

Ainda, pertinente lembrar o disposto na lei nº 9.317/96 sobre a incidência de juros e multa sobre os tributos incluídos na sistemática do Simples Federal:

Art. 19. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Assim, nos termos da legislação transcrita, em caso de inadimplência do sujeito passivo, os tributos e contribuições arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ficam sujeitos a juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, além da multa aplicável em decorrência de sua inclusão em lançamento de ofício. Trata-se de comando legal impositivo cuja ilegalidade ou inconstitucionalidade não foi declarada e, como visto, será obrigatoriamente cumprido pela autoridade administrativa.

Pelo exposto, não assiste razão à Recorrente quanto ao pretendido neste ponto.

Conclusão

Pelo exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração suscitada para, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário apresentado.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator

Processo nº 19515.002888/2010-23
Acórdão n.º **1402-001.588**

S1-C4T2
Fl. 675

CÓPIA