



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 19647.002556/2007-48
Recurso nº 162289 Voluntário
Matéria SIMPLES - EXS: DE 2003 a 2005
Acórdão nº 101- 96.741
Sessão de 28 de maio de 2008
Recorrente PAULO SÉRGIO ANDRADE SILVA MERCADINHO ME
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-RECIFE - PE.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Anos-calendário: 2003 a 2005

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES – EFEITOS EX TUNC. Nos casos em que a pessoa jurídica é excluída do SIMPLES por auferir receita bruta superior ao limite estabelecido, os efeitos da exclusão incidem a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado tal limite, nos termos do art. 15, inciso IV, da Lei 9.317/96.

ARBITRAMENTO DO LUCRO – FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS. É cabível o arbitramento do lucro se a pessoa jurídica durante a ação fiscal, deixar de exibir a escrituração que a ampararia na tributação com base no lucro real.

MULTA DE OFÍCIO – QUALIFICAÇÃO.

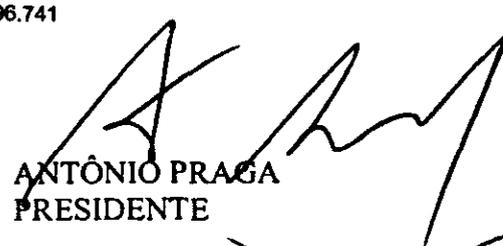
Presente o evidente intuito de fraude é correta a qualificação da multa de ofício aplicada, no percentual de 150%.

Recurso Voluntário Negado.

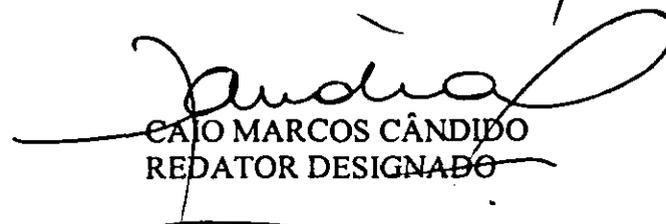
Preliminares Rejeitadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares, e, no mérito, por unanimidade de votos, manter integralmente os tributos lançados e, pelo voto de qualidade, manter a exigência da multa qualificada, vencidos nessa parte o Conselheiro João Carlos de Lima Júnior (Relator), Valmir Sandri, José Ricardo da Silva e Aloysio José Percinio da Silva., nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Caio Marcos Cândido.



ANTÔNIO PRAGA
PRESIDENTE



CAIO MARCOS CÂNDIDO
REDATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 19 NOV 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros SANDRA MARIA FARONI e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.



Relatório

Trata-se de procedimento fiscal realizado na contabilidade do contribuinte, onde se constatou que no ano calendário de 2001 a empresa obteve receita bruta superior ao limite estabelecido na legislação do SIMPLES. Assim, foi expedido pela DRF em Recife/PE Ato Declaratório Executivo nº 15, de 05/02/2007, declarando a empresa excluída do SIMPLES com os efeitos a partir de 01/01/2002, tendo sido a empresa intimada em 23/02/2007.

Consta dos autos que a empresa não apresentou manifestação de inconformidade nos autos do processo nº 19647.001969/2007-37, qual seja o processo de exclusão da empresa do SIMPLES, o que acarretou em sua exclusão definitiva.

Assim, com a exclusão definitiva a empresa ficou sujeita à tributação das demais pessoas jurídicas e, portanto foi intimada a apresentar sua documentação fiscal e contábil, a fim de possibilitar a apuração dos demais tributos devidos.

Todavia, conforme petição de fl. 81, informou o contribuinte que não possuía os livros contábeis e fiscais solicitados.

Desta forma, o IRPJ e a CSLL foram apurados com base no lucro arbitrado, considerando a receita bruta escriturada no Livro de Registro de Apuração do ICMS e Livros de Registros de Saída. Conseqüentemente, também foram lançados os valores não recolhidos e decorrentes da exclusão da empresa do SIMPLES referentes à COFINS e ao PIS.

Ainda, foi aplicada multa de ofício no percentual de 150%, nos termos do inciso II, do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, haja vista que as infrações apuradas caracterizam a intenção da empresa de se eximir total ou parcialmente do pagamento do tributo.

Inconformado com a autuação em questão o contribuinte apresentou sua impugnação, alegando basicamente que:

A exclusão da empresa do SIMPLES ocorreu em 04/12/2006 e a ciência dos autos de infração somente ocorreu em 27/03/2007. Portanto, a exclusão somente deveria ter ocorrido após a lavratura dos autos de infração, haja vista que o processo de exclusão não continha as informações necessárias ao exercício de sua defesa, motivo pelo qual deveria ter sido considerado nulo o ato declaratório nº 15 que excluiu a empresa do SIMPLES. Ainda, que os presentes autos de infração deveriam ser considerados nulos por ofensa ao devido processo legal.

Alega, portanto, que o efeito da exclusão da empresa do SIMPLES deveria surtir efeito apenas a partir de 2007. Ainda que a fiscalização descumpriu as determinações do art. 142 do Código Tributário Nacional quando não considerou os valores pagos através do código de arrecadação do SIMPLES, cita jurisprudências para fundamentar suas alegações.

Alega ainda que a fiscalização deveria ter procedido a compensação de ofício destes valores recolhidos pela empresa a título de pagamento do SIMPLES, efetuados no código 6106. Desta forma, como não efetuou a compensação de ofício, tem-se que a matéria tributável não está devidamente determinada.

Cita os artigos 224, 518, 519 e 841 do RIR/1999, bem como afirma que não foram realizadas as deduções previstas no art. 226, haja vista que a empresa possui escrita contábil e fiscal atualizada.

Não obstante, alega que o arbitramento somente seria possível se a empresa não tivesse a contabilidade atualizada.

Contesta a multa de ofício de 150%, sob a alegação de que foi possível apurar as bases de cálculo dos tributos dentro da própria empresa e, portanto, não houve o intuito do contribuinte em fraudar o fisco.

Contesta também as bases de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/98 e que a ampliação do conceito de faturamento viola o art. 110 do CTN. Cita diversas jurisprudências sobre o assunto.

Diante do exposto, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife/PE ao apreciar a manifestação de inconformidade do Contribuinte manteve em parte a decisão da DRF, nos seguintes termos:

Primeiramente que os fatos relacionados à exclusão da empresa do SIMPLES deveriam ter sido contestados nos próprios autos e no momento oportuno, motivo pelo qual rejeita a preliminar de nulidade dos autos de infração em questão.

Quanto à forma de apuração do crédito tributário manteve lançamento do IRPJ e CSLL baseado no arbitramento do lucro, haja vista que o contribuinte não possuía os livros contábeis e fiscais solicitados pela fiscalização, restando apenas como forma de lançamento o arbitramento com base na receita bruta conhecida através do livro de apuração do ICMS e livro de registros de saída.

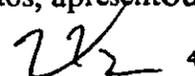
No que tange à multa de ofício no percentual de 150%, esta também foi mantida, pois a fiscalização considerou que a ação praticada pelo contribuinte caracterizava a intenção da empresa de se eximir total ou parcialmente do pagamento do tributo, nos termos do inciso II, art. 44 da Lei nº 9.430/96. Ainda, que apesar do contribuinte possuir a receita bruta escriturada não declarou o valor total.

Com relação aos valores recolhidos pelo contribuinte, esclareceu ser o SIMPLES uma forma simplificada de recolhimento e não um tributo único e portanto, existe correspondência entre os percentuais aplicados sobre a receita bruta (base de cálculo) e as parcelas relativas a cada imposto ou contribuição a que se refere.

Desta forma, procede as alegações do contribuinte quanto à dedução dos valores já recolhidos pelo SIMPLES. Todavia, somente foram localizados recolhimentos de COFINS e CSLL, os quais já foram devidamente deduzidos dos autos de infração em questão.

Quanto aos lançamentos de IRPJ e PIS, os mesmos foram mantidos, haja vista não terem sido localizados recolhimentos para esses tributos.

Desta forma, o Contribuinte após ser intimado do acórdão nº 11-19.271 – 4ª Turma da DRJ/REC, que rejeitou as preliminares de nulidade, bem como considerou procedentes os lançamentos de IRPJ e PIS e manteve parcialmente os autos de infração de COFINS e CSLL, haja vista a existência de recolhimento parcial para estes tributos, apresentou

 4

Recurso Voluntário a este E. Conselho de Contribuintes repisando as alegações já apresentadas à Delegacia da Receita Federal de Julgamentos em Recife/PE.

É o relatório.



Voto

Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

No que tange à preliminar de nulidade do Ato Declaratório nº 15, que excluiu a empresa do SIMPLES, argüida pelo contribuinte cumpre destacar que conforme já decidido pela DRJ de Recife/PE, os fatos relacionados a essa exclusão deveriam ter sido contestados pela empresa no processo próprio e no prazo de 30 dias contados a partir da ciência do Ato Declaratório Executivo, que se deu em 23.02.2007, vindo o contribuinte somente se manifestar a respeito, intempestivamente, no dia 16/04/2007, motivo pelo qual não foram analisadas.

Quanto à alegação de nulidade dos presentes autos por ofensa ao devido processo legal, esta não merece colhida, a um, já que o contribuinte não se manifestou tempestivamente sobre sua exclusão do SIMPLES, a dois, já que nos presentes autos não incorreu ofensa ao devido processo legal, tendo sido procedido corretamente à fiscalização, bem como concedido todos os prazos ao contribuinte se manifestar, em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Por fim, com relação à alegação de nulidade do auto de infração face à base de cálculo utilizada, qual seja aquela prevista no § 1º, do art. 3º, da Lei 9.718/98, que conceitua faturamento como sendo a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, cumpre esclarecer que o órgão atuante ao proceder a fiscalização não encontrou a documentação necessária à correta apuração dos créditos tributários, motivo pelo qual optou pelo arbitramento tomando por base os livros de apuração do ICMS e registro de saída.

Assim, cumpre ressaltar que os livros utilizados para a apuração demonstram as operações praticadas pelo contribuinte e através dessas informações é possível se apurar a receita bruta da empresa e com isso calcular os tributos devidos sobre essa base de cálculo.

Todavia, esses livros não têm o condão de demonstrar as receitas extraordinárias auferidas pela empresa, o que caberia exclusivamente ao contribuinte no momento de sua defesa demonstrá-las pontualmente, o que não ocorreu.

Desta forma, por não ter o contribuinte demonstrado possuir qualquer receita extraordinária à ser abatida da base de cálculo utilizada, não há que se acatar tal alegação.

Desta forma, mantenho a decisão da DRJ de Recife/PE, no sentido de rejeitar às preliminares de nulidade.



Quanto ao mérito, passemos às seguintes considerações:

O contribuinte alega que a exclusão do SIMPLES tem efeitos “ex nunc” e não “ex tunc” e assim, a exclusão teria eficácia apenas a partir da emissão do ato declaratório nº 15, que se deu em 23.02.2007, junta jurisprudência do TRF 3 para comprovar tal alegação.

Assim, conforme consta do próprio “Ato Declaratório Executivo nº 15, de 05 de fevereiro de 2007”, juntado às fls. 79 dos presentes autos, a exclusão se deu pelos seguintes fundamentos:

*“(…)Embasmamento: processo administrativo nº 19647.010.965/2006-37
Motivação: O contribuinte, optante do SIMPLES, nos anos calendário de 2001, 2002, 2003 e 2004, na condição de Microempresa, ultrapassou, no ano calendário de 2001, o limite estabelecido no art. 9º, inciso I, e parágrafo 1º, da Lei 9.317/96, alterado pelo art. 6º da Lei nº 9.779/99 e art. 14 da MP nº 2.189-49/2001 e não cumpriu o disposto nos artigos 12 e 13, inciso II, alínea “b”, da Lei 9.317/96.*

Fundamentação legal: Art. 14, inciso I, da Lei nº 9.317/1996.

Art. 2º A exclusão do SIMPLES surtirá os efeitos previstos no art. 15, inciso IV da Lei nº 9.317/96 e na forma do parágrafo 3º do mesmo artigo, acrescentado pelo art. 3º da Lei 9.732/98, com início a partir de 01.01.2002 (...)

A priori cumpre esclarecer que a legislação do SIMPLES prevê tanto hipóteses em que os efeitos da exclusão são “ex nunc” como “ex tunc”. Todavia, o próprio Ato Declaratório ao excluir a empresa o fez com base art. 15, inciso IV da Lei 9.317/96, que dispõe:

“Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os art. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)IV. a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;”

Assim, está expresso na Lei 9.317/96 que no presente caso a exclusão surtirá efeito a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite do SIMPLES.

Desta forma, no caso em questão, não há que se falar da aplicação dos efeitos a partir da emissão do ato declaratório de exclusão, haja vista que a lei foi expressa ao determinar cada caso.

Por fim, mister se faz registrar que o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região em São Paulo, juntado pelo contribuinte, baseia-se no art. 15, inciso II, da Lei 9.317/96, que não se aplica ao caso, conforme exposto.

Diante do exposto, nos termos do art. 15, inciso IV, da Lei 9.317/96, conforme dispõe o Ato Declaratório nº 15/2007, mantenho a aplicação dos efeitos da exclusão desde a o ano de 2002.



O contribuinte alega ainda que o arbitramento adotado no presente caso é ilegal, haja vista que esta somente poderia ter sido utilizado acaso não dispusesse das escritas fiscais e contábeis atualizadas.

Todavia, o próprio contribuinte declara nas fls. 76 e 81, que não possui Plano de Contas, Livros Diário, Livro Razão, Livro Caixa e Balancetes Mensais, bem como declara a impossibilidade de providenciar a escrituração de tais livros, motivo pelo qual considero legítimo o arbitramento aplicado ao presente caso.

Não obstante, quanto à compensação dos valores recolhidos pelo SIMPLES, no código 6106, limita-se o contribuinte a repisar na íntegra os argumentos já alegados em sede de manifestação de inconformidade e acolhidos em parte pela DRJ de Recife/PE, não se manifestando acerca das deduções realizadas nos valores autuados de COFINS e CSLL.

Após análise dos documentos de fls. 606 a 610, conclui-se que os valores identificados a título de recolhimento pelo SIMPLES, código 6106, foram deduzidos do montante que se encontra em aberto, única e exclusivamente com relação à COFINS e à CSLL, haja vista que não foram localizados valores recolhidos de IRPJ e PIS.

Outrossim, não demonstrou o contribuinte o recolhimento de valores diversos daqueles já deduzidos, não ensejando reforma a decisão proferida pela DRJ em Recife/PE.

Por outro lado, no que tange ao percentual de 150% da multa aplicada sobre o valor do tributo exigido, razão assiste ao contribuinte, nos seguintes termos:

A multa qualificada que lhe foi aplicada pelo Fisco tem como base a presunção legal de omissão de receitas prevista no artigo 44, inciso II da Lei nº 9.430/96, vez que a empresa apesar de possuir a receita bruta escriturada apresentou a declaração simplificada com valores inferiores aos escriturados em seus livros contábeis nos anos de 2002 a 2004.

Todavia para que seja aplicada a multa qualificada de 150%, deve restar comprovada nos autos alguma das hipóteses previstas nos artigos 71, 72 e/ou 73 da Lei nº 4.502/64, conforme se depreende do artigo 44 da Lei 9.460/96.

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis." (Grifei).

Mister consignar que, referida disposição do inciso II, do artigo 44, permaneceu incólume, mesmo com as alterações previstas Lei nº 11.488/2007, que assim passou a estipular em seu §1º:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas (Redação dada pela Lei nº 11.488/2007):



de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

*(...)**§1º** O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previsto nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.(Grifei)*

Os artigos. 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/96, por sua vez, têm a seguinte redação:

"Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.
"

Como se vê, para que seja aplicada a multa qualificada de 150% é necessário que a fiscalização comprove, de forma inequívoca, que o contribuinte agiu dolosamente na execução do ato fraudulento, não bastando meros indícios de sua conduta ilícita.

No presente caso, o contribuinte apresentou a declaração simplificada de forma incorreta, apresentando percentuais menores dos realmente auferidos, conforme constava dos livros e documentos fiscais colocados à disposição da fiscalização.

Não houve, no caso em discussão, fato indicador de que o ato praticado pelo contribuinte fosse realizado com o fim específico de sonegar ou fraudar o fisco, tanto que o contribuinte mantinha escriturada sua receita bruta.

Muito embora tenha o contribuinte oferecido à tributação percentuais menores dos realmente auferidos em relação à receita bruta escriturada não há qualquer vício que pudesse ensejar a comprovação de omissão dolosa, no intuito de impedir ou retardar o conhecimento por parte do Fisco, ou até mesmo modificar as características essenciais do fato gerador, ora, caso essa fosse a intenção do contribuinte, o mesmo não manteria sua receita bruta escriturada.

O contribuinte não arquitetou procedimentos no intuito de fraudar, sonegar ou até mesmo simular a não existência de receitas, não há comprovação de dolo nos autos, o que há é mera omissão de receita, a qual prontamente constada e através da receita bruta escriturada nos livros de Registro de Apuração do ICMS e Registros de Saída. Frisa-se que o contribuinte

U7 8

apesar de declarar a menor, não se esforçou em esconder qual era a sua verdadeira receita mantendo-a escriturada.

Para que a multa qualificada seja aplicada é necessário que se comprove de maneira inequívoca o evidente intuito de fraude, simulação, sonegação, em nítida conduta dolosa por parte do contribuinte, como por exemplo, escriturar a menor sua receita, a fim de dificultar a apuração do fisco, o que ressalta, não ocorreu no presente caso, em que o contribuinte mantinha escriturada sua receita bruta.

Como acima dito, não se pode considerar que a declaração inexata do contribuinte, que difere da receita bruta escriturada através dos livros de Registro de Apuração do ICMS e Registros de Saída colocados à disposição da fiscalização, por si só seja considerada fraude a ensejar multa de 150%.

No mesmo sentido as jurisprudências abaixo transcritas:

"IRPF – MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA – Para que a multa de ofício qualificada possa ser aplicada é necessário que se comprove de maneira inequívoca o evidente intuito de fraude (...) (Conselho de Contribuintes/ 6ª Câmara/ Recurso nº 127.522/ Relatora Thaisa Jasen Pereira)"

"LANÇAMENTO. INFORMAÇÕES COLHIDAS NA CONTABILIDADE E EM DECLARAÇÕES AO FISCO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. Inexiste cerceamento de direito de defesa no caso de lançamento tributário realizado com base em demonstrativo entregue ao sujeito passivo, elaborado a partir de informações colhidas na sua contabilidade e em suas declarações ao fisco, portanto, de seu conhecimento e sob a sua guarda. (...) MULTA QUALIFICADA. DECLARAÇÃO INEXATA. A aplicação da multa qualificada pressupõe a comprovação inequívoca do evidente intuito de fraude. A omissão de valores de receitas, registradas na escrita fiscal, em declarações entregues ao fisco é insuficiente para caracterizar a ocorrência do pressuposto legal para imposição da multa qualificada. (...) (Conselho de Contribuintes/3ª Câmara/Recurso nº 154.210/ Relator Aloysio José Percínio da Silva)" (g.n).

"OMISSÃO DE RECEITAS – CONFRONTO ENTRE DADOS DA GIA COM A CONTABILIDADE - Caracteriza a ocorrência de omissão no registro de receitas, a constatação de diferenças entre o total das vendas informadas nas Guias de Informações Mensais (GIA) à Secretaria de Fazenda Estadual em confronto com aquele escriturado e indicado nas DIPJ apresentadas ao Fisco Federal.(...) PIS - COFINS - OMISSÃO DE RECEITAS – O total da receita omitida na pessoa jurídica é base de cálculo para a incidência das contribuições para o PIS e a COFINS. PIS – COFINS - MULTA QUALIFICADA - Não estando indicado e provado no Auto de Infração e no Termo de Verificação Fiscal os motivos caracterizadores do evidente intuito de fraude, como definido nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64, reduz-se à multa qualificada ao percentual normal de 75%. (...) (Conselho de Contribuintes/8ª Câmara/ Recurso nº 153.318/ Relator Nelson Lósso Filho)" (g.n).



Ora, a fraude, a sonegação o conluio são artificios maliciosos, nos quais a pessoa age com a intenção de burlar, enganar outras pessoas ou lesar os cofres públicos, na obtenção de vantagem ou benefícios que não lhe são devidos.

É necessário que haja propósito deliberado, doloso, de modificar as características do fato gerador, quer pela alteração do valor da matéria tributável, quer pela exclusão ou modificação de suas características essenciais, a fim de dificultar propositalmente a apuração do fisco.

No caso em tela não há comprovação de dolo por parte do contribuinte, sendo que sua declaração inexata, a qual diferia dos documentos e elementos contábeis e fiscais, colocados à disposição do Fisco, não é por si só, razão para impor-lhe multa qualificada de 150%, ou seja, pela declaração inexata o contribuinte já esta sendo severamente punido com a multa de 75%.

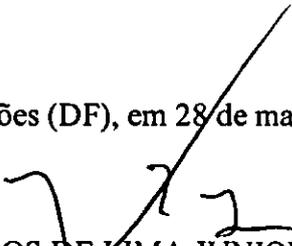
Importante ressaltar mais uma vez que, a receita bruta do contribuinte encontrava-se escriturada nos livros de Registro de Apuração do ICMS e Registros de Saída apresentados ao Fisco e não se verificou qualquer vício ou irregularidade que pudessem configurar às hipóteses dos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64.

Dessa maneira, o descumprimento pela apresentação de declaração inexata não faz do contribuinte um sonegador ou um fraudador da Fazenda Pública, não ensejando a aplicação da multa qualificada, prevista no art. 44, inciso II, da Lei 9.430/96.

Diante de todo exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso voluntário em análise, para afastar a qualificação da multa, face à não comprovação de dolo, fraude ou simulação, reduzindo-a de 150% para 75%, conforme previsto no artigo 44, inciso I, da Lei nº9.317/96.

É como voto.

Sala das Sessões (DF), em 28 de maio de 2008.


JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR



Voto Vencedor

Conselheiro CAIO MARCOS CANDIDO, Redator Designado

No julgamento do recurso voluntário nº 162289, restou vencido o Conselheiro Relator, que desqualificou a multa de ofício aplicada para o percentual de 75%, por entender não estar presente o evidente intuito fraudulento, requisito básico para a qualificação da multa de ofício.

Por maioria de votos a Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes entendeu de forma diferente, pelo quê restou a mim a elaboração do voto vencedor, neste ponto de discussão. Vamos a ele.

A multa de ofício foi qualificada por ter a pessoa jurídica omitido receita, o que foi apurado em função da diferença entre a receita bruta escriturada e a receita informada na declaração simplificada relativa aos anos-calendário de 2002 a 2004.

Afirma o relator do voto vencido que:

Não houve, no caso em discussão, fato indicador de que o ato praticado pelo contribuinte fosse realizado com o fim específico de sonegar ou fraudar o fisco, tanto que o contribuinte mantinha escriturada sua receita bruta”.

Muito embora tenha o contribuinte oferecido à tributação percentuais menores dos realmente auferidos em relação à receita bruta escriturada não há qualquer vício que pudesse ensejar a comprovação de omissão dolosa, no intuito de impedir ou retardar o conhecimento por parte do Fisco, ou até mesmo modificar as características essenciais do fato gerador, ora, caso essa fosse a intenção do contribuinte, o mesmo não manteria sua receita bruta escriturada.

O contribuinte não arquitetou procedimentos no intuito de fraudar, sonegar ou até mesmo simular a não existência de receitas, não há comprovação de dolo nos autos, o que há é mera omissão de receita, a qual prontamente constada e através da receita bruta escriturada nos livros de Registro de Apuração do ICMS e Registros de Saída. Friza-se que o contribuinte apesar de declarar a menor, não se esforçou em esconder qual era a sua verdadeira receita mantendo-a escriturada.

Para que a multa qualificada seja aplicada é necessário que se comprove de maneira inequívoca o evidente intuito de fraude, simulação, sonegação, em nítida conduta dolosa por parte do contribuinte, como por exemplo, escriturar a menor sua receita, a fim de dificultar a apuração do fisco, o que ressalta, não ocorreu no presente caso, em que o contribuinte mantinha escriturada sua receita bruta.



Como acima dito, não se pode considerar que a declaração inexata do contribuinte, que difere da receita bruta escriturada através dos livros de Registro de Apuração do ICMS e Registros de Saída colocados à disposição da fiscalização, por si só seja considerada fraude a ensejar multa de 150%.

(...)

Importante ressaltar mais uma vez que, a receita bruta do contribuinte encontrava-se escriturada nos livros de Registro de Apuração do ICMS e Registros de Saída apresentados ao Fisco e não se verificou qualquer vício ou irregularidade que pudessem configurar às hipóteses dos artigos 71 a 73 da Lei 4.502/64.

Não foi assim que a maioria dos componentes desta E. Câmara entendeu.

A imposição de multa de ofício pela falta de pagamento ou recolhimento de tributo, pela falta de declaração ou nos casos de declaração inexata encontra-se prevista no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, com redação dada pela Lei nº 11.487/2007, passando a regular a matéria da seguinte maneira, *verbis*:

Art. 14. O art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação, transformando-se as alíneas a, b e c do § 2º nos incisos I, II e III:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

A qualificação da multa ao percentual de 150% depende de estar presente uma das figuras previstas nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/1964: sonegação, fraude ou conluio.

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente;

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas

características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas, naturais ou jurídicas, visando a qualquer dos efeitos referidos nos artigos 71 e 72.

Vamos aos fatos que deram origem ao lançamento e à imposição de multa de ofício qualificada. A pessoa jurídica optante pelo SIMPLES informou em suas declarações entregues ao órgão fazendário valores de receita em três anos-calendário consecutivos, representativamente menores aos valores de receita efetivamente auferidos.

O lançamento foi realizado pelo arbitramento do lucro com base na receita bruta conhecida através do livro de apuração do ICMS e livro de registros de saída, tendo em vista que o sujeito passivo informou não possuía os outros livros fiscais e contábeis.

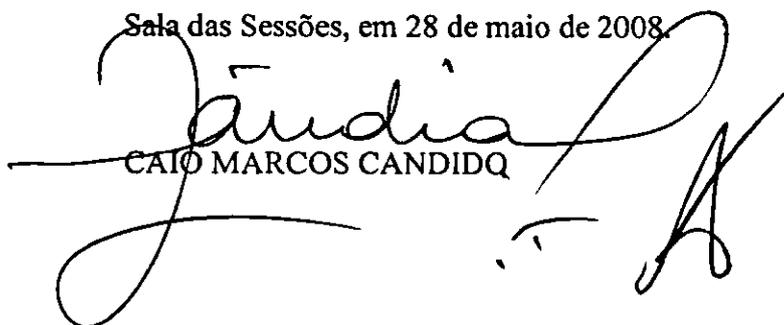
Não resta dúvida que ao deixar de informar ao Fisco expressivos percentuais de sua receita bruta, o sujeito passivo subsumiu-se tanto na figura da sonegação, por impedir ou retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, quanto na de fraude, por excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador, de modo a reduzir o montante do tributo devido.

Observe-se que aqui não se trata de simples omissão de receita que, segundo a Súmula 1CC nº 14 não configura caso de desqualificação da multa aplicada, posto que o fato aqui se repetiu por três anos-calendário consecutivos, com o sujeito passivo omitindo deliberadamente do conhecimento do Fisco parcela representativa de sua receita, com o fito de pagar menos tributos.

Presente o evidente intuito fraudulento, há que ser mantida a qualificação da multa no percentual de 150%.

Pelo quê NEGO provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 28 de maio de 2008.


CAIO MARCOS CANDIDO