



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Recurso nº. : 153.676
Matéria : IRPJ e OUTROS - EXS.: 2001 a 2004
Recorrente : DISTRIBUIDORA NOVA DESCOBERTA LTDA.
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE
Sessão de : 24 DE JANEIRO DE 2007
Acórdão nº. : 108-09.191

CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE - Não compete à autoridade administrativa decidir sobre a legalidade ou a constitucionalidade dos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo.

PAF – PRINCÍPIO INQUISITÓRIO x CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – O dever de investigação decorre da necessidade que tem o fisco de provar a ocorrência do fato constitutivo do seu direito de lançar. Sendo seu o encargo de provar a ocorrência do fato imponible, para exercício do direito de realizar o lançamento, a este corresponderá o dever de investigação com o qual deverá produzir as provas ou indícios, segundo determine a regra aplicável ao caso, sendo esta fase privativa da autoridade lançadora. O contraditório se instala com a impugnação.

PAF – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS OBSERVÂNCIA – Na função de aplicador da lei não pode, o julgador tributário, esquecer de integrar a interpretação aos princípios constitucionais que funcionam como “vetores interpretativos”. “O agente público que fiscaliza e apura créditos tributários está sujeito ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei – que disciplina o tributo – ao caso concreto, sem margem de discricionariedade. A renúncia total ou parcial e a redução de suas garantias pelo funcionário, fora das hipóteses estabelecidas na Lei n. 5.172/66, acarretará a sua responsabilização funcional”. (Aliomar Baleeiro).

PAF - NULIDADES – Não provada violação às regras do artigo 142 do CTN nem dos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235/1972, não há que se falar em nulidade, do lançamento, do procedimento fiscal que lhe deu origem, ou do documento que formalizou a exigência fiscal.

PAF – NULIDADES – CIENTIFICAÇÃO – A partir da edição da Lei 11.196/2005, que inseriu o § 3º no artigo 23 do Decreto 70235/1972, os meios de intimação não comportam mais benefício de ordem.

PAF – PERÍCIA – REALIZAÇÃO – A perícia tem por fim dirimir dúvidas quanto à matéria de fato, servindo para firmar o convencimento do julgador, não sendo o fórum para discussões jurídicas. A produção de provas que afastaria a materialidade detectada no procedimento fiscal caberia ao sujeito passivo, que durante todo procedimento foi silente quanto à materialidade do ilícito.

EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO – Havendo exclusão de ofício do sistema integrado, através de ato declaratório executivo, sem impugnação, a exclusão se torna definitiva no âmbito administrativo.

IRPJ – ARBITRAMENTO DO LUCRO – FORMA DE APURAÇÃO DE RESULTADO – O arbitramento do lucro não é penalidade, sendo apenas mais uma forma de apuração dos resultados. O Código Tributário Nacional, em seu artigo 44, prevê a incidência do IRPJ sobre três

h
ll



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191
Recurso nº. : 153.676
Recorrente : DISTRIBUIDORA NOVA DESCOBERTA LTDA.

possíveis bases de cálculo: lucro real, lucro arbitrado e lucro presumido. A apuração do lucro real, parte do lucro líquido do exercício, ajustando-o, fornecendo o lucro tributável. Na apuração do lucro presumido e do arbitrado, seu resultado decorre da aplicação de um percentual, previsto em lei, sobre a receita bruta conhecida, cujo resultado já é o lucro tributável.

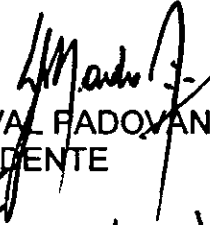
MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA – DESCABIMENTO - Sobre os créditos apurados em procedimento de ofício só cabe a exasperação da multa quando restar tipificada a hipótese de incidência do artigo 1º inciso I da Lei 8137/1990. No caso dos autos se aplica a multa de ofício do inciso primeiro do artigo 44 da Lei 9430/1996.

Preliminares rejeitadas.

Recurso Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DISTRIBUIDORA NOVA DESCOBERTA LTDA.

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas pelo recorrente e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir a multa de 150% para 75%, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Relatora) e Fernando Américo Walther (Suplente Convocado). Designado o Conselheiro Margil Mourão Gil Nunes para redigir o voto vencedor.


DORIVAL FADOYAN
PRESIDENTE


MARGIL MOURÃO GIL NUNES
REDATOR DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 17 SET 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: KAREM JUREIDINI DIAS, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e JOSÉ HENRIQUE LONGO. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros NELSON LÓSSO FILHO e JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA.



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191
Recurso nº. : 153.676
Recorrente : DISTRIBUIDORA NOVA DESCOBERTA LTDA.

RELATÓRIO

DISTRIBUIDORA NOVA DESCOBERTA LTDA., já qualificada, nos anos calendários de 2000 a 2003, auferiu receitas de vendas comparativamente superiores aos valores declarados, (período de outubro de 2000 a dezembro de 2003).

Representação Fiscal à autoridade jurisdicionante, às fls.01/04, solicitou a exclusão da empresa do SIMPLES, nos termos do inciso IV do art. 14, c/c inciso V do art. 15 da Lei n.º 9.317/96.

Em decorrência houve a expedição do Ato Declaratório Executivo n.º 112, de 12/08/2005, publicado no Diário Oficial em 22/08/2005, às fl. 104, com efeitos a partir de 01/10/2000. O Termo de Ciência de Exclusão do SIMPLES nº 002, à fl. 106, se deu no dia 25/08/2005.

Intimada a apresentar a documentação fiscal e contábil que propiciasse o cálculo do imposto devido, não respondeu à intimação. O IRPJ (fls.112) e a CSLL (fls.125), foram apurados segundo as regras do lucro arbitrado. As bases de cálculo partiram das receitas conhecidas, escrituradas no Livro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativos às fls. 169 e 170.

Decorrente da exclusão, a partir de 01/10/2000, ficou sujeita aos recolhimentos da COFINS e da Contribuição para o PIS como as demais pessoas jurídicas. Por isto a constituição dos autos de infração de fls.153, COFINS e fls. 139, do PIS.

As exigências de fls. 111 a 167 constituíram o crédito tributário no valor total de R\$ 1.282.469,53, com qualificação da multa de ofício. No ano calendário de 2000 entregou sua DIPJ com os valores zerados; em 2003



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

apresentou-se como empresa inativa. E quando ofereceu receitas à tributação, o fez em valores insignificantes, conforme RAF de fls. 171/176. Representação Fiscal para Fins Penais no processo nº 19647.013002/2005-12.

Às fls. 377 a 421, impugnação onde questionou os autos de infração. O Ato Declaratório Executivo de Exclusão do SIMPLES não atendera a determinação do parágrafo único do art 23 da Instrução Normativa SRF nº 255/2002, o que implicaria na sua nulidade.

O arbitramento não prosperaria. Os documentos apresentados possibilitavam a apuração através do lucro real ou presumido. A utilização das GIAM'S e supostos depósitos bancários não contabilizados se fizera com desprezo dos lançamentos existentes, relativos ao lucro real ou presumido.

Transcreveu, às fls. 386, parte de acórdão do Conselho de Contribuintes que tratou de redução da multa de ofício aplicada de 150% para 75%. Às fls. 388 a 390, reproduziu doutrina de Ricardo Mariz de Oliveira acerca da apuração do verdadeiro lucro real. Reclamou da multa aplicada.

Solicitou, nos termos do art. 16 IV do Decreto nº 70.235/1972, a realização de perícia para responder às indagações suscitadas às fls. 391/392, apresentando como perita a Sra. Josiane Moura Soares.

Repetiu os argumentos contra sua exclusão do SIMPLES. Discorreu sobre seus efeitos temporais opondo decisão do TRF da 3ª Região.

Reclamou da base de cálculo da Contribuição para o PIS e da COFINS, citando os artigos 2º e 3º da Lei nº 9.718/1998. A edição posterior da MP nº 2.158-34/2001, na qual foram autorizadas deduções exclusões da BC, apenas para as instituições financeiras, estaria contra princípio da isonomia (art. 150, II da Constituição Federal de 1988), linha na qual repetiu opinião doutrinária e jurisprudencial.



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

A ampliação do conceito de faturamento para a base de cálculo dessas contribuições violou o art. 110 do Código Tributário Nacional. O Supremo Tribunal Federal já definira como inconstitucional a norma que aumentou de 2% para 3% a alíquota da COFINS.

Decisão de fls. 544/557 relatou a existência nos autos do procedimento fiscal que resultou na exclusão da empresa do SIMPLES e a autuação referente aos anos calendários de 2000 a 2003.

Comentou que a exclusão da empresa do sistema simplificado ocorreu no dia 25/08/2005, através do Termo de Ciência de Exclusão do Simples, à fl. 106. Caberia a manifestação de inconformidade no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da data da ciência daquele ato. Como não houve resposta, nos termos do art. 4º do Ato Declaratório Executivo nº 112/2005, a exclusão tornou-se DEFINITIVA. Por isto não analisou os efeitos desse ato de exclusão efetuada pela contribuinte em sua impugnação apresentada apenas no dia 12/01/2006.

Quanto ao arbitramento informou que as receitas apuradas pela fiscalização foram obtidas junto à escrituração fiscal apresentada. As bases de cálculo foram retiradas do Livro de Apuração do ICMS, às fls. 12 a 77.

A exclusão retroativa sujeitava-a à tributação cabível às demais pessoas jurídicas. Realizada de ofício não comportava mais a opção para tributação com base no lucro presumido ou lucro real anual, pois nessas modalidades a opção se dava no momento do 1º pagamento. Ademais os recolhimentos desses anos se fez através do código 6106.

Cabia apurar os resultados através do lucro real trimestral, se as intimações e re-intimações, para apresentar a escrita contábil e fiscal, tivessem logrado êxito. Por isto restou sem propósito o pedido de perícia de fls. 391 e 392, e prejudicados os demais argumentos. Justificou a aplicação da multa qualificada ante os fatos narrados na autuação.



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

No tocante às contribuições sua base de cálculo seria o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta. Com a redação da Lei nº 9.718/1998, art. 3º, §1º, a partir de fevereiro de 1999, a totalidade das receitas auferidas foram ali incluídas sem excetuar tipo de atividade ou classificação contábil adotada. As exclusões são aquelas admitidas na lei. Opôs sua atividade vinculada como óbice a se manifestar sobre inconstitucionalidade de lei.

Quanto aos valores pagos sob código 6106, admitiu a compensação dos valores daqueles demonstrados através das tabelas de fls. 553,557.

Recurso interposto às fls.. 564/590, onde, em síntese, repetiu os argumentos expendidos na inicial, tentando reabrir a discussão sobre a exclusão do simples, dizendo que a intimação não seguiu os trâmites do artigo 23 do Decreto 70235/72, pois na ciência pessoal não restara demonstrada a exclusão numérica das diferenças que redundaram em sua exclusão, em flagrante cerceamento do seu direito de defesa. Discorreu sobre o vício no procedimento transcrevendo doutrina e jurisprudência que secundaria sua conclusão. Sofrera prejuízos ao não saber as diferenças que poderiam ter sido objeto de parcelamento, se não merecessem explicações.

Quanto ao arbitramento, só caberia se não estivesse abrigado no SIMPLES, porque neste sistema estava desobrigado de escrituração contábil o que implicaria em ilegalidade no procedimento. Assim concluiu que poderia o autuante se utilizar do lucro presumido ou real, o que não fez. Citou acórdão 107-07.686, processo 10925.002421/2002-77; ac. 103-20280 de 13.04.2000; 105-12967, de 20.10.1999, como reforço a sua tese de possibilidade da apuração do lucro na forma presumida. E ainda os pretensos depósitos não comprovados deveriam fazer parte na apuração do lucro presumido.

Também a tributação poderia se dar através do lucro real com desprezo do arbitramento ilegal. Discorreu sobre a matéria "lucro real" citando Ricardo Mariz de Oliveira, para pedir nova apuração da base de cálculo impositível,



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88

Acórdão nº. : 108-09.191

(real ou presumido) através da realização de perícia, para a qual designou assistente técnico e quesitos.

Reclamou da multa qualificada, linha na qual expendeu vasto arrazoado.

A exclusão do SIMPLES teria efeito ex nunc e não ex tunc. Assim, como a exclusão se dera em 2005, somente a partir daí geraria eficácia, nos termos da decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no processo 2004.03.00.003176-0, julgado em 01/09/2004, conforme cópias de fls. 590/3.

Como o auto não obedecera tais efeitos violara o artigo 142 do CTN, porque faltaria certeza à matéria tributável, descabendo os lançamentos para o IRPJ e CSLL.

Quanto às bases de cálculo para o PIS e COFINS reiterou os argumentos expendidos na inicial quanto à ilegalidade da sua cobrança na forma proposta nos autos, transcrevendo artigos da Lei 9718/98, MP 2158-34, da Constituição Federal, de doutrinadores, além de jurisprudência de fls. 33/46, para então concluir:

Em face do exposto, requer, preliminarmente, provendo-se o recurso sejam os autos de infração julgados nulos, por ofensa ao devido processo legal, ou, no mérito, improcedentes, por falta de amparo legal, quer por ser à base de cálculo, no caso, a do SIMPLES, ou sem afronta ao art. 110, do CTN, a persistir a tributação do PIS e da COFINS na forma da Lei 9718/98.

Seguimento conforme despacho de fls. 622.

É o Relatório.



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

VOTO VENCIDO

Conselheira IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, Relatora

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e dele conheço.

Tratam os autos de lançamento para o imposto de renda das pessoas jurídicas, referente aos anos calendários de 2000/2003.

Vieram às razões nas duas versões apresentadas arguindo, em síntese, vícios formais que prejudicariam o procedimento implicando na nulidade do mesmo.

A preliminar se confunde com o mérito da questão. A permanência no sistema dependeria de a recorrente ter atendido aos preceitos da legislação de regência. Como tal não sucedeu foi excluída, através de rito próprio, não impugnado, conforme dito na decisão recorrida.

Os fundamentos contestando o Ato Declaratório de Exclusão e seus efeitos, não é matéria de litígio nestes autos, portanto prejudicados restam os argumentos expendidos nas razões recursais. (Até porque a competência para seu conhecimento é cometida ao 3º Conselho de Contribuintes).

Ofereceu a recorrente, nos dois momentos processuais, preliminares, que por sua natureza tratam, na verdade do mérito do litígio. Todo seu arrazoado leva à tese de inconstitucionalidade e ilegalidade no procedimento. Todavia, o controle do ato administrativo nesta instância visa testar a sua validade e se este obedeceu ao rito estabelecido em lei para sua eficácia.



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

Reclama as razões de apelo suposto desrespeito aos princípios constitucionais que regem o processo administrativo fiscal. Contudo, tal conclusão não prospera. Os dispositivos foram aplicados em estrita obediência às atividades específicas da administração tributária. Também não cabe a este Colegiado discutir aplicação de norma legal sob argumento de ferir princípios constitucionais. Esses princípios, por força de exigência tributária, deverão ser observados pelo legislador no momento da criação da lei. Os atos de ofício praticado pela autoridade administrativa presumem-se legais, mesmo porque a atividade administrativa é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional.

O controle dos atos administrativos nesta instância se refere aos procedimentos próprios da administração, que são revistos conforme determinação do artigo 149 do Código Tributário Nacional, seguindo o comando do Decreto 70235/1972 nos artigos 59, 60, 61.

As objeções apresentadas não demonstraram a ocorrência de qualquer fator impeditivo capaz de opor obstáculos à aplicação dos comandos legais que embasaram o feito. Orientação do Parecer Normativo CST nº 329, de 1970, deixa claro não ser o contencioso administrativo foro apropriado para o exame de questões relativas à constitucionalidade ou ilegalidade de leis. Somente quando há declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de lei, de tratado ou de ato normativo, é permitido às autoridades fiscais afastarem a aplicação desses dispositivos (Decreto nº 2346, de 10 de outubro de 1997 e Parecer PGFN/CRE nº 948, de 02/06/1998).

Por isto descabe, também, a tese de erro de cálculo para o PIS e COFINS por haver ilegalidade na sua cobrança com base na Lei 9718/98, MP 2158-34.

Por isto afasto a preliminar.

O pedido de perícia também resta prejudicado. Ela se presta para análise de matéria de fato e a pretensão da recorrente é que atenda matéria



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

de direito. O lançamento foi concluído segundo a legislação de regência, conforme anteriormente dito, e sua revisão só seria possível se presentes às hipóteses de incidência do artigo 149 do CTN.

Às fls. 10 constou a Declaração da Empresa afirmando que não escriturou nenhum livro fiscal ou contábil, por entender que na modalidade escolhida estaria desobrigada de tal encargo. Mesmo o livro Caixa não foi apresentado.

Ou seja, em respeito ao devido processo legal, mesmo na fase inquisitória foi aberta à Recorrente a oportunidade de produzir provas. E embora pretenda entender diferente, o princípio inquisitório permitiria a autoridade administrativa "preparar a ação fiscal", porque é na impugnação que se instala o contraditório.

O cabimento do arbitramento restou incontestado, pois não havia escrita regular, nos termos do artigo 539, II do RIR/1994 e artigo 16 da Lei 9249/1995, que têm as seguintes redações:

"Artigo 539 - A autoridade tributária arbitrará o lucro da pessoa jurídica, inclusive da empresa individual equiparada, que servirá de base de cálculo do imposto quando (DL 1648/78, art.7º, Lei 8218/91, arts. 13 e 14 parágrafo único, 8383/91, art. 62 e 8541/92 art.21):

II - a escrituração mantida pelo contribuinte contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou, ainda, revelar evidentes indícios de fraude.

O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:
(...)

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte, revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

- a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária;
- b) determinar o lucro real.



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

O Parecer Normativo nº 23/1978, ao tratar das hipóteses de arbitramento, referindo-se ao inciso I do art 539 do RIR/1994, distinguiu o arbitramento como forma de aferição de lucro e não como penalidade, quando afirmou com propriedade que:

"Falta de escrita regular - O pressuposto de fato previsto no inciso (falta de escrituração regular) não distingue as causas dessa falta. O arbitramento não representa penalidade e sim valoração do lucro tributável..."

A falha apontava o arbitramento como a medida de que dispunha a administração para fazer cumprir a obrigação tributária, pois diferentemente das pretensões esposadas nas razões oferecidas não cabia a administração outro procedimento. A matéria é pacífica neste Colegiado, refletida na ementa a seguir transcrita:

"IRPJ – ARBITRAMENTO DO LUCRO – FORMA DE APURAÇÃO DE RESULTADO – O arbitramento do lucro não é penalidade, sendo apenas mais uma forma de apuração. O Código Tributário Nacional, em seu artigo 44, prevê a incidência do IRPJ sobre três possíveis bases de cálculo: lucro real, lucro arbitrado e lucro presumido. A apuração do lucro real, parte do lucro líquido do exercício, ajustando-o, fornecendo o lucro tributável. Na apuração do lucro presumido e do arbitrado seu resultado decorre da aplicação de um percentual, previsto em lei, sobre a receita bruta conhecida, cujo resultado já é o lucro tributável, não comportando mais qualquer ajustes". (Ac. 108-08.157 de 26/01/2005)

A atividade fiscal é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional. Não compete a autoridade fiscal, nem ao julgador administrativo, determinar outra forma de proceder, quando os fatos se subsumem a norma, não sendo possível o desvio do seu comando.

O argumento dos efeitos da exclusão do SIMPLES (ex nunc e não ex tunc) também não prospera. A verdade material apontou em sentido contrário. A



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

empresa já se encontrava fora do sistema por sua situação de fato e a autuação apenas o confirmou. Quanto à decisão judicial trazida à colação faz coisa julgada entre as partes, nos termos do artigo 472 do CPC.

O Prof. Souto Maior Borges em seu Livro Lançamento Tributário, Malheiros Editores, SP. 2ª ed.1999, p. 120/121 leciona, ainda, que o "procedimento administrativo de lançamento é o caminho juridicamente condicionado por meio do qual a manifestações jurídicas de plano superior - a legislação - produz manifestação jurídica de plano inferior o ato administrativo do lançamento. (...) E, porque o procedimento de lançamento é vinculado e obrigatório, o seu objeto não é relegado pela lei à livre disponibilidade das partes que nele intervêm. É indisponível, em princípio, a atividade de lançamento - e, portanto insuscetível de renúncia".

Na Lei 9430/1996 está o resumo das normas reguladoras da aplicação das multas no sistema tributário federal. A seção V do capítulo IV- Procedimentos de Fiscalização - disciplina a aplicação das multas de ofício.

As multas impostas no descumprimento da obrigação tributária principal tem analogia com a cláusula penal convencional, prevista no direito privado. A diferença é que, nestes casos, decorre de acordo de vontade entre as partes e no caso do Direito Público decorre da lei.

Havendo atos praticados com infração conceituada como crime, ou quando há presença de dolo específico nas infrações, conforme o artigo 137 do CTN, cabem as multas de caráter punitivo e por isto de maior valor, porque sua natureza não é mais compensatória e sim punitiva.

Como norma penal em branco, será preenchida segundo o tipo penal ao qual se subsume. Sendo norma de superposição, em complemento ao direito tributário, somente este dirá o que vem a ser tributo, qual sua espécie, quem é o contribuinte, responsável ou substituto.



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

Nos autos o ilícito decorreu da manutenção à margem dos registros fiscais de parcela considerável da receita auferida, conforme está consignado às fls. 169, do Relatório de Auditoria Fiscal, da seguinte forma: a) em 2000 o faturamento foi de R\$ 85.113,89 – valor declarado – zero- DARF de R\$ 143,65; b) em 2001, receita conforme ICMS – R\$ 756.914,67 – declarado R\$ 79.924,07 – DARF R\$ 2.397,71; c) em 2002, receita conforme ICMS – R\$ 2.043.229,36 – declarado – 169.242,16 – Darf pago R\$ 6.347,28; d) em 2003, conforme ICMS R\$ 3.791.867,66 – declarado como INATIVO – DARF pago R\$ 6.851,00, conduta prevista na norma insculpida no artigo 44 inciso II da lei 9430/1996, por tratar de ilícitos tributários que, em tese, apontam para ocorrência de crime contra a ordem tributária.

A autoridade lançadora provou a ocorrência do fato constitutivo do direito de lançar do fisco. A prática adotada pelo sujeito passivo demonstrou, inequivocamente, seu erro consciente. Por isto, segundo o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, como bem ensina o Mestre Aliomar Baleiro (Direito Tributário Brasileiro, Sp. 1999. pg. 799) nenhum outro procedimento caberia:

"No Direito Tributário onde se fortalece ao extremo a segurança jurídica, os princípios da legalidade e da especificidade legal são de sabida relevância. O agente da administração Fazendária que fiscaliza e apura créditos tributários, está sujeito ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei que - que disciplina o tributo - ao caso concreto, sem margem de discricionariedade. A renúncia total ou parcial e a redução de suas garantias pelo funcionário, fora das hipóteses estabelecidas na Lei 5172/66, acarretará a sua responsabilidade funcional".

Quanto aos lançamentos decorrentes, frente aos efeitos da decisão do principal, por conta da vinculação que os une, as conclusões daquele prevalecerão na apreciação destes, desde que não apresente arguições específicas ou elementos de prova novos.

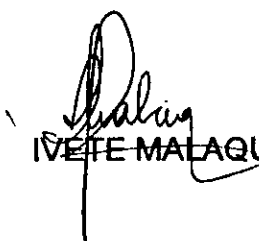


**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

Diante do exposto deixo de comentar os demais argumentos por restarem prejudicados e Voto no sentido de afastar a preliminar e Negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 24 de janeiro de 2007.


IETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO





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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

VOTO VENCEDOR

Conselheiro MARGIL MOURÃO GIL NUNES, Redator Designado

Inicialmente gostaria de enaltecer a clareza do relatório, e profundidade do voto proferido pela ilustre Relatora.

Peço vênia para dele discordar somente quanto ao cabimento da qualificação da multa no caso ora analisado. Porque entendo que, para aplicar a multa qualificada prevista no inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96 sobre as omissões de receitas verificadas, são caberia.

A irregularidade constatada foi a falta de escrituração ou registro a menor de receitas operacionais.

Vejamos agora o teor da Lei 4.502/64, nos citados artigos, que definiram os crimes de sonegação, fraude e conluio, em comparação aos fatos trazidos pelo Auditor Fiscal:

**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 a evitar ou diferir o seu pagamento.



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

Processo nº. : 19647.008332/2005-88
Acórdão nº. : 108-09.191

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

Realmente, não se conclui pela acusação e pelos documentos trazidos ao processo, nem tampouco pela descrição minuciosa contida no Relatório Fiscal, que tenha havido qualquer uma destas figuras tributárias.

Estes citados fatos acarretaram corretamente o arbitramento do lucro tributável da pessoa jurídica, mas não podem, por si só, caracterizar o evidente intuito de fraude.

Não vejo carreado nos autos provas de dolo, fraude ou simulação, elementos necessários para manutenção da exação, aliás, a matéria do lançamento é por presunção legal previsto no artigo 42 da Lei 9.430/96.

Por isto encaminho meu voto dando parcial provimento ao recurso para desqualificar a multa de ofício aplicada.

Sala das Sessões - DF, em 24 de janeiro de 2007.


MARGIL MOURÃO GIL NUNES