



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

Processo nº 19647.009320/2004-90
Recurso nº 157.695 Voluntário
Acórdão nº 1201-00.163 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de outubro de 2009
Matéria IRPJ, CSSL, PIS e COFINS
Recorrente FARELSON DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS LTDA.
Recorrida 4ª TURMA DA DRJ RECIFE/ PE

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2001, 2002, 2003

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

Os MPFs ulteriormente emitidos ratificam os atos praticados pela fiscalização, não havendo que se falar em prejuízo ao contribuinte nem ao seu direito de defesa.

FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS. ALEGAÇÃO DE EXTRAVIO EM DESMORONAMENTO DE EDIFÍCIO. FOTOS JUNTADAS AOS AUTOS.

Não afasta o arbitramento alegação de extravio de livros fiscais em desmoronamento, quando o contribuinte não toma as providências para a legalização de novos livros, previstas no art. 264 do RIR/99. Fotos do local do desmoronamento juntadas aos autos não suprem a omissão.

ARBITRAMENTO. APURAÇÃO. PRESUNÇÃO.

Descabe exigir que a fiscalização, quando arbitra a base de cálculo, o faça com a precisão que se exige quando ela apura o imposto pelo lucro real, como se realizada com base em contabilidade completa e idônea

SIMPLES. ULTRAPASSAGEM AO LIMITE DE RECEITA DE MICRO EMPRESA. ENQUADRAMENTO COMO EMPRESA DE PEQUENO PORTE (EPP).

Comprovada a ocorrência de erro de fato podem-se retificar de ofício o Termo de Opção e a Ficha Cadastral para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas quando houver intenção inequívoca de o contribuinte aderir a ele. Tal se observa sempre que o contribuinte continuou apurando e recolhendo seus tributos na

forma prevista nesse sistema mesmo que, formalmente, estivesse cadastrado erroneamente ou em categoria diferente. Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 16, de 02.10.2002 (ADI 16/2002).

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.

Não pode ser entendida como meramente errônea a conduta da contribuinte consistente em declarar ao Fisco, por quatro anos consecutivos, tributos contribuições integrantes do SIMPLES em valores significativamente inferiores aos efetivamente devidos. Ao contrário, tal reiteração evidencia a sua vontade livre e consciente em fraudar o Erário Público.

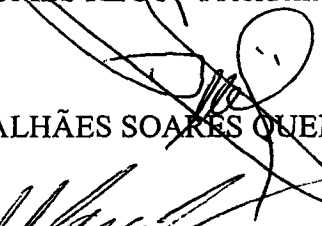
JUROS DE MORA (TAXA SELIC) E MULTA DE OFÍCIO.

Já está pacificada no CARF a utilização da taxa SELIC como indexador dos juros de mora e sobre o tema incide a Súmula nº 4, do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencido o conselheiro Regis Magalhães Soares Queiroz (Relator) e Orlando José Gonçalves Bueno, que davam provimento parcial para reduzir a multa de ofício ao patamar de 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Marcelo Cuba Neto


ADRIANA GOMES REGO - Presidente


REGIS MAGALHÃES SOARES QUEIROZ - Relator


MARCELO CUBA NETO - Redator designado

EDITADO EM:

06 NOV 2009

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: os Conselheiros Adriana Gomes Rego (Presidente), Orlando José Gonçalves Bueno, Regis Magalhães Soares Queiroz, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Marcelo Cuba Neto (Suplente Convocado) e Antonio Carlos Guidoni Filho (Vice Presidente de Turma).

Relatório

Conselheiro REGIS MAGALHÃES SOARES DE QUEIROZ, relator:

Adoto o relatório do V. acórdão a quo:

"Foi instaurado contra a contribuinte acima qualificada um procedimento fiscal no qual apurou a fiscalização que no Ano Calendário de 2000 a empresa obteve receita bruta total de R\$ 169.075,24, ou seja, acima do limite permitido para as microempresas. A contribuinte não efetuou alteração cadastral optando para continuar no sistema como empresa de pequeno porte, assim, deve ser considerada a partir de 01/01/2001 como excluída do Simples.

Diante da constatação acima citada foi feita uma Representação Fiscal ao Sr. Delegado da Receita Federal em Natal-RN, às fls. 01/02, solicitando a exclusão do SIMPLES da empresa por ela se encontrar na situação de exclusão.

Em atendimento à Representação Fiscal citada, a Delegacia da Receita Federal em Natal-RN expediu Ato Declaratório Executivo n.º 108 de 08/11/2004 no DOU de 10/11/2004, às fls. 93/94, declarando a empresa excluída do SIMPLES com os efeitos a partir de 01/01/2001.

Excluída do SIMPLES a empresa ficou sujeita a tributação das demais pessoas jurídicas. Foram apurados os autos de infração do IRPJ e CSLL considerando a empresa na sistemática do Lucro arbitrado, tendo em vista a falta de apresentação da escrita contábil da empresa. Também foram apurados os autos de infração da COFINS e do PIS fora do sistema simplificado.

Tendo em vista a mudança da legislação processual e a edição da Portaria nº 6.129 de 03/12/2005 (DOU de 06/12/2005) foi juntado ao presente processo os de nº 19647.0012013/2004-96 referente aos autos de infração do IRPJ e da CSLL, às fls. 118 a 141, de nº 19647.012014/2004-31 referente ao auto de infração da COFINS, às fls. 1720 a 1723 (Volume IX) e de nº 19647.012015/2004-85 referente ao auto de infração da Contribuição para o PIS, às fls. 3313 a 3316 (volume XVII).

Foram lavrados os Autos de Infração para exigência de crédito tributário dos anos calendários de 2001 a 2003, adiante especificado:

Reis



CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM REAIS

Tributo	Fls	Imposto/ contrib.	Juros de mora	Multa proporcional	Total
Imposto de Renda Pessoa Jurídica	18	0.964,05	.304,19	7.169,07	4.437,31
Contribuição para o PIS	313	.462,80	.968,80	1.291,18	3.722,78
Contribuição para a Seguridade Social	30	5.723,01	.728,12	5.376,73	5.827,86
Contribuição Social sobre o Lucro	720	3.675,05	3.703,02	8.268,73	55.646,80
Total					19.634,75

Relata a autuante os seguintes fatos em destaque:

a) A empresa fiscalizada foi intimada e reintimada a apresentar, como optante pelo Simples a partir de 01/01/1997, o livro caixa e o inventário, porém respondeu não dispor dos livros solicitados, nem dos elementos necessários para a recomposição da escrita. Em seguida foi a empresa intimada a apresentar os talonários de notas fiscais. No entanto a empresa respondeu não dispor de tais elementos. Após nova intimação a contribuinte apresentou notas fiscais emitidas a partir de 15/08/2003.

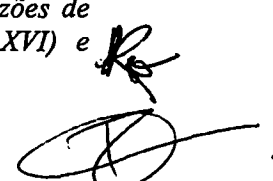
b) Para apuração da receita bruta da empresa a fiscalização efetuou a circularização junto aos clientes, obteve informações através do Sistema de Administração Financeira – SIAFI e para o Ano Calendário 2003 foram consideradas os talonários de notas fiscais apresentadas pela empresa.

c) Nas fls. 155 a 202 estão anexados os demonstrativos do trabalho de apuração da receita bruta da empresa, cuja consolidação está demonstrada às fls. 203 e 204(volume II).

d) Ressalta a autuante que o fato da contribuinte apresentar declarações dos anos de 2000 a 2003 com informações da receita bruta em valores significativamente inferiores aqueles apurados na ação fiscal, mediante prática reiterada, constitui crime contra ordem tributária, resultando em penalidade mais gravosa, disposta no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/1996. Ainda, como diversas informações não foram atendidas, pois os livros e documentos não foram apresentados, foi efetuado o agravamento da multa.

e) Tendo em vista os fatos apurados no procedimento fiscal foi efetuada Representação Fiscal para Fins Penais anexada ao processo nº 19647.012789/2004-14.

Devidamente notificada, e não se conformando com o procedimento fiscal, a contribuinte apresentou, tempestivamente, as suas razões de defesa, às fls.1521/1552 (volume VIII), 3110/3141(volume XVI) e

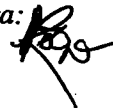


4703/4734 (volume XXIV), na qual questiona os autos de infração, alegando em síntese o seguinte:

- *Afirma que a ação fiscal desenvolvida contra a empresa foi arbitrária e confronta os princípios constitucionais da legalidade, da ampla defesa e do contraditório. Alega que na atuação do fisco deve o servidor agir de acordo com as determinações superiores. Cita os artigos 142 do Código Tributário Nacional e o 59 do Decreto nº 70.235/1972 - Processo Administrativo Fiscal - PAF e refere-se ao Mandado de Procedimento Fiscal e alega que os agentes fiscais extrapolaram os períodos a serem fiscalizados determinados no Mandado de Procedimento Fiscal. Afirma que apenas após o recebimento de todas as intimações é que a empresa foi informada através do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF - Complementar da dilação do período a ser fiscalizado.*
- *Continua afirmando que a empresa respondeu ao Termo de Reintimação e informou a fiscalização que havia acontecido um sinistro e que foram destruídos os livros e documentos solicitados pela fiscalização.*
- *Em seguida reclama a contribuinte do arbitramento do lucro, tendo em vista a impossibilidade da empresa apresentar seus livros de acordo com o fato narrado no parágrafo acima.*
- *Contesta a base de cálculo levantada pela fiscalização afirmando que as informações do SIAF apresentam recebimento quando a emissão das notas fiscais pode ter acontecido em época diferente.*
- *Passa a contestar a exclusão da empresa do Simples afirmando que em nenhum momento a legislação do sistema integrado determina a exclusão por excesso de receita da microempresa. Cita o Ato Declaratório Interpretativo nº 16 de 02/10/2002 e solicita o reenquadramento da empresa no Simples como EPP.*
- *Em relação à multa agravada a contribuinte alega que todas as solicitações de informações e apresentação de documentos foram atendidas, a única exceção dói o Termo de Início de Fiscalização. Os documentos não foram apresentados devido ao sinistro ocorrido e informado aos auditores, assim, requer o cancelamento do agravamento da multa. Ainda, sobre a multa aplicada a contribuinte passa a contestar a aplicação dos princípios da proporcionalidade, da vedação de utilizar tributo como confisco, da legalidade, da anterioridade e da capacidade contributiva.*
- *Reclama ainda a contribuinte da aplicação da Taxa SELIC como juros de mora em matéria tributária e afirma que não está sendo respeitado o princípio da isonomia, pois quando restitui o fisco federal não corrige os valores pela Taxa SELIC."*

A DRJ julgou a impugnação parcialmente procedente para, verbis:

"Tendo em vista a análise procedida anteriormente, voto no sentido de considerar procedentes EM PARTE os lançamentos para:



I – REJEITAR as preliminares de NULIDADE suscitadas pela impugnante;

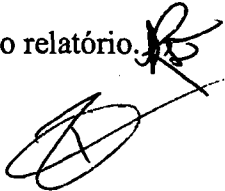
II – MANTER os valores principais do IRPJ, Contribuição para o PIS e CSLL lançados nos autos de infração do presente processo;

III – ALTERAR os valores lançados para a COFINS de acordo com a tabela acima;

III – MANTER sobre os valores devidos a incidência dos juros de mora calculados pela Taxa SELIC;

IV – REDUZIR a multa de ofício aplicada de 225% para 150%.”

O recurso voluntário repisa os argumentos da impugnação.

É o relatório. 



Voto Vencido

Conselheiro REGIS MAGALHÃES SOARES DE QUEIROZ, relator:

O recurso voluntário foi protocolizado dentro do prazo legal e, portanto, dele tomo conhecimento.

1. Preliminar de nulidade

Sustenta o recorrente que a fiscalização auditou o período de 01.01.2000 a 31.12.2003 enquanto o MPF original limitava-se ao período de 01.01.2000 a 31.12.2000 e, além disso, que o MPF original referia-se apenas ao IRPJ. Informa que os MPFs complementares, com autorização para todo o período e todos os tributos, foi emitido apenas *a posteriori*.

Afasto a nulidade posto que os MPFs ulteriormente emitidos ratificam os atos praticados pela fiscalização, não havendo que se falar em prejuízo ao contribuinte nem ao seu direito de defesa.

2. Preliminar de nulidade do arbitramento

Aduz que o edifício sede do contribuinte sofreu desmoronamento, que destruiu o Livro Caixa e o registro de Inventário – obrigatórios para empresas participantes do SIMPLES –¹, sendo essa a razão para não ter apresentado os livros solicitados.

Suced, porém, que o recorrente não tomou as providências exigidas pelo §1º, do art. 264 do RIR/99 (parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei n. 486/69), para casos de destruição dos livros fiscais. Dispõe a lei, *verbis*:

§ 1º Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, a pessoa jurídica fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas, ao órgão competente do Registro do Comércio, remetendo cópia da comunicação ao órgão da Secretaria da Receita Federal de sua jurisdição (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10). (V. NOTAS 926 a 928 APÓS O § 3º)

¹ Art. 7º, § 1º - A microempresa e a empresa de pequeno porte ficam dispensadas de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes:

- a) Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;
- b) Livro de Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;
- c) todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos livros referidos nas alíneas anteriores.

§ 2º O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento, por parte da microempresa e empresa de pequeno porte, das obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária e trabalhista

§ 2º A legalização de novos livros ou fichas só será providenciada depois de observado o disposto no parágrafo anterior (Decreto-Lei nº 486, de 1969, art. 10, parágrafo único).

Também não apresentou elementos que pudessem reconstituir os livros caixa e inventário, nem a sua contabilidade perdida.

Logo, é inescapável a sua sujeição ao arbitramento. Nesse sentido os seguintes precedentes extraídos da obra **Regulamento do imposto de renda**:²

DESTRUIÇÃO DA ESCRITURAÇÃO POR INCÊNDIO (EX. 90/2) - O lucro real declarado pelas pessoas jurídicas está sujeito à comprovação pela escrituração. A falta desta, sob a alegação de ter sido destruída em incêndio em veículo que a transportava, propicia o arbitramento do lucro pela autoridade lançadora quando deixar de ser comprovado caso fortuito ou força maior (Ac. 1º CC 101-92.851/99 - DO 11/08/00).

DESTRUIÇÃO DE DOCUMENTOS POR INCÊNDIO (EX. 93/4) - O contribuinte que optou validamente pela tributação com base no lucro presumido e pagou mensalmente os tributos e contribuições, respaldada na escrituração fiscal e contábil, o arbitramento de lucro com base na receita bruta conhecida (declarada) só se justifica quando demonstrado que as bases de cálculo adotadas pelo sujeito passivo não merecem confiabilidade e que as declarações apresentadas contêm inexatidões. No caso dos autos, não há prova de culpa ou dolo do sujeito passivo, e nem indícios de que o incêndio que destruiu os documentos foi provocado pelo sujeito passivo. A escrituração contábil e fiscal foi recuperada através de cópia de segurança que estava arquivada em meios magnéticos (disquetes) e os livros fiscais e comerciais transcritos foram apresentados na fase de impugnação inaugurando o litígio (Ac. 1º CC 101-92.996/00 - DO 03/05/00).

Afasto, pois, a preliminar de nulidade do arbitramento.

3. Mérito: lançamentos em duplicidade no arbitramento

No mérito, aduziu que os dados do SIAFI não poderiam ser utilizados para o arbitramento, *verbis*:

"cumpre destacar que nem sempre o recebimento do sistema SIAFI corresponde ao mês da emissão da nota fiscal. Explica-se. Quando se compara os valores de 2000, por exemplo, no Demonstrativo IV, valores apurados através de recebimentos constantes do SIAFI não implicam necessariamente que tais recebimentos se referem ao faturamento real do próprio mês, pois, já havia créditos escriturados em meses anteriores e recebidos em meses subsequentes".

Não obstante os argumentos, o recurso deixou de indicar quais seriam os lançamentos, tomados como base no arbitramento, que deveriam ser excluídos. Não

² "Regulamento do imposto de renda: Decreto nº 3.000, de 1999 - atualizado até 31/08/2005", de Alberto Tebechrani, Fortunato Bassani Campos, José Luiz Ribeiro Machado e José Maria de Campos - São Paulo; Resenha Editora, 2005, p. 756 e ss.

demonstrou quais seriam os específicos fatos geradores que estariam sendo computados em duplicidade nem coligiu prova especificamente em relação a eles.

Dessa forma, considero defeituosa a arguição de seu recurso e prevalece a presunção do arbitramento, que, cumpre dizer, não consiste em fazer a apuração como ela seria feita se estivéssemos apurando os tributos pelo lucro real, justamente em vista da falta de elementos documentais idôneos que permitam tal apuração.

Não fosse a ausência de elementos contábeis necessário seria o arbitramento desnecessário e a apuração seria exata, não arbitrada.

Por isso, descabe exigir que a fiscalização, quando arbitra a base de cálculo, o faça com a precisão que se exige quando ela apura o imposto pelo lucro real como se realizada com base em contabilidade completa e idônea, coisa que de resto o contribuinte não apresentou.

4. Exclusão do SIMPLES

A autuação constatou que no ano de 2000 a recorrente auferiu faturamento de R\$169.075,24, ou seja, valor maior do que o permitido para a manutenção de sua condição de microempresa, razão porque foi considerada excluída do SIMPLES em 08.11.2004.

Sobre a matéria, dispõe o §2º, do art. 13, da Lei n. 9.317/96 que “*A microempresa que ultrapassar, no ano-calendário imediatamente anterior, o limite de receita bruta correspondente a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), estará excluída do SIMPLES nessa condição, podendo mediante alteração cadastral, inscrever-se na condição de empresa de pequeno porte*”. A exclusão ocorrerá de ofício na forma do inc. I do art. 14 da mesma lei, quando o sujeito passivo deixar de comunicar que ultrapassou o limite máximo de faturamento. Foi o que ocorreu no caso.

A autoridade fiscal, então, constituiu os créditos tributários dos anos de 2001 a 2003, na forma incidente para as pessoas jurídicas ordinárias, consoante art. 16 da Lei 9.317/96. Para sustentar essa atitude, aduziu que a recorrente não alterou a sua situação cadastral para empresa de pequeno porte, o que lhe permitiria permanecer no SIMPLES naqueles anos.

A recorrente, então, invoca o Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 16, de 02.10.2002, cujos termos são os seguintes:

Dispõe sobre a retificação de ofício, por parte da autoridade fiscal, da opção pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), nos casos de erros de fato

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, e considerando o disposto no art. 8º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, no art. 16 da Instrução Normativa SRF nº 34, de 30 de março de 2001, e no processo 10168.004370/2002-37, declara:

Artigo único. O Delegado ou o Inspetor da Receita Federal, comprovada a ocorrência de erro de fato, pode retificar de ofício tanto o Termo de Opção (TO) quanto a Ficha Cadastral da Pessoa Jurídica (FCPJ) para a inclusão no Simples de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao Simples.

Parágrafo único. São instrumentos hábeis para se comprovar a intenção de aderir ao Simples os pagamentos mensais por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples (Darf-Simples) e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.

É inequívoca a intenção da recorrente de permanecer no SIMPLES nos anos de 2001 a 2003, ainda que na qualidade de microempresa e não na de empresa de pequeno porte. Tanto que entregou as declarações anuais na forma simplificada – mesmo que fazendo referência à condição de microempresa –; recolheu os seus tributos em guia DARF-Simples, ainda que tenha apurado seus tributos na forma pertinente à microempresa, posto que ambas as formas estão contidas no mesmo sistema.

Portanto discordo do V. acórdão *a quo* na parte em afastou a incidência do ato declaratório, ao argumento de que a recorrente não se comportou como empresa de pequeno porte e sim como microempresa posto que esse racional não é exigência contida no Ato Declaratório para reconhecer a retroatividade da adesão ao simples.

Ele exige, apenas, possível identificar a intenção inequívoca do contribuinte aderir ao SIMPLES. Ao apresentar as suas declarações anuais e apurar seus tributos como se estivesse inclusa o sistema, a recorrente demonstrou inequivocamente sua intenção de “*aderir ao SIMPLES*”, como exige a SRFB.

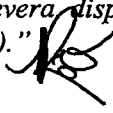
Entretanto, mesmo que mantida no SIMPLES e se sujeitando a apuração como EPP, como a recorrente não dispõe de livro diário, que teria sido extraviado em sinistro e não foi recuperado, e sendo perfeitamente legal o arbitramento, a manutenção da recorrente no sistema simplificado não levará à redução no valor do arbitrado.

Assim, sua manutenção no SIMPLES não altera o resultado do lançamento.

5. Multa qualificada

Relativamente à imputação da multa de ofício no percentual qualificado, aplicada na situação de omissão de receita, parece-me que assiste razão à recorrente, posto que a autoridade autuante não especificou claramente qual a prática fraudulenta justificou a qualificação. Pelo seu relatório (fls.150) verifica-se que a menção à multa qualificada ocorreu nos seguintes termos:

“Apresentação das declarações anuais simplificadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil referentes aos anos calendários de 2000 a 2003 com informações da receita bruta em valores significativamente inferiores aqueles apurados na ação fiscal, mediante prática reiterada (quatro anos consecutivos) constitui crime contra a ordem tributária resultando em penalidade mais severa, disposta no inciso II, art. 44, da Lei n. 9430/96 (multa qualificada).”



Faltou à fundamentação trazida pela autoridade lançadora descrever os atos que comprovariam que a omissão de receita se deu dolosamente mediante a prática de sonegação, fraude ou conluio. Simplesmente invocar o art. 44, inc. II da Lei 9.430/96 em qualquer prática de omissão de receita não basta para sustentar a qualificadora.

Há que ir mais longe, perquirindo e trazendo aos autos as situações de fato, as práticas dolosas do contribuinte, enquadrando-as nos precisos conceitos de sonegação, fraude ou conluio. Se a autoridade não se desincumbe desse dever, não pode prevalecer a qualificadora.

Nesse sentido, peço vênica para transcrever voto brilhante proferido nessa Turma pelo Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, no julgamento do PAF n. 10410.004811/2005-24, *verbis*:

"Pela manifestação genérica da autoridade lançadora pode-se entender que o sujeito passivo enquadrou-se nos três dispositivos da Lei nº 4.502/64, tendo praticado a sonegação, a fraude e o conluio.

Penso que não foi esse o caso, daí porque a caracterização da conduta fraudulenta deve ocorrer de forma clara e específica, permitindo o pleno exercício da defesa e também da atividade julgadora.

No Relatório a autoridade lançadora identificou com precisão os fatos que levaram a concluir pela ocorrência da omissão de receita. Entretanto, sem qualquer análise mais específica concluiu que a irregularidade implicou na prática de fraude.

A análise da presente questão deve ser feita mediante um procedimento de valoração da conduta com vistas à tipificação da fraude. A omissão de receitas por si só não pode dar ensejo à qualificação da multa sem uma análise mais aprofundada das circunstâncias que envolveram a irregularidade. A jurisprudência deste Colegiado consolidou entendimento nesse sentido, conforme Súmula 1ª CC nº 14 com enunciado:

'A simples apuração de omissão de receita ou de rendimento, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo'."

Assim, voto no sentido afastar a qualificadora, reduzindo a multa para 75%.

6. Inconstitucionalidade da taxa SELIC

Já está pacificada no CARF a utilização da taxa SELIC como indexador dos juros de mora e sobre o tema incide a Súmula nº 4, do Primeiro Conselho de Contribuintes que estabelece:

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.

7. Conclusão

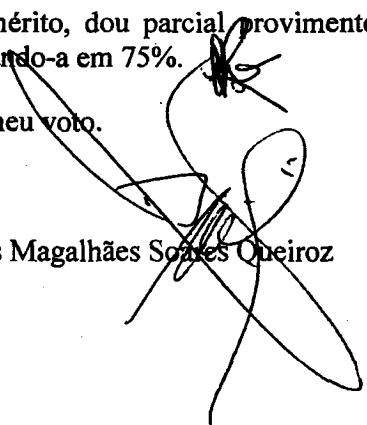
Deixo de apreciar em sede de remessa oficial o cancelamento da multa agravada em razão de o valor não ultrapassar a alçada instituída pela Portaria MF nº 03, de 03 de janeiro de 2008.

Afasto as preliminares.

No mérito, dou parcial provimento ao recurso para afastar a qualificação da multa de 150%, fixando-a em 75%.

É o meu voto.

Regis Magalhães Soares Queiroz



Voto Vencedor

Conselheiro MARCELO CUBA NETTO: Redator Designado

Ressalte-se desde logo que a divergência aqui levantada tem como objeto, tão-somente, o cabimento da multa qualificada (item 5 do voto vencido) já que, quanto às demais matérias, corroboro com as razões expostas pelo relator.

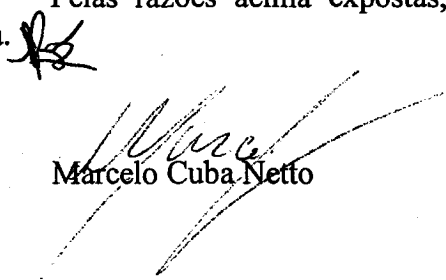
Entendeu o relator que a multa qualificada haveria que ser afastada pelas seguintes razões: (i) a autoridade fiscal não teria comprovado que a omissão de receita se deu de forma dolosa; (ii) o auditor caracterizou a infração de maneira genérica, quando deveria ter apontado objetivamente se a conduta do sujeito passivo tipifica-se ou como sonegação ou como fraude ou como conluio.

Pois bem, no que toca à questão da vontade livre e consciente do agente em praticar o fato antijurídico (dolo), deve-se ter claro que, como a vontade é um estado psíquico, não é ela passível de comprovação direta. Sua comprovação é sempre realizada de forma indireta, com base nos elementos externalizados pela própria conduta do agente.

No caso sob exame a empresa informou ao Fisco, por quatro anos consecutivos, valores de receita bruta significativamente inferiores àqueles apurados e comprovados pela autoridade tributária. A reiteração da conduta (elemento externalizado) afasta a hipótese de ter havido mero erro por parte da autuada e, por conseguinte, evidencia o seu intuito de fraudar o Erário Público, mediante o recolhimento, a menor, dos tributos e contribuições devidos a título de SIMPLES no período em questão.

Quanto ao enquadramento legal da infração, o fato de a autoridade não haver apontado especificamente qual dos arts. 71 a 73 da Lei nº 4.502/64 foi violado pela ora impugnante não é razão para se afastar a multa qualificada. O importante, aqui, é notar que o auditor descreveu claramente a conduta ilícita levada a cabo pela empresa, bem como apontou a norma jurídica violada (art. 44, II, da Lei nº 9.430/96). Da mesma forma que no Processo Civil, aplica-se também no Processo Administrativo Fiscal a teoria da substanciação e não a teoria da individualização.

Pelas razões acima expostas, voto pela manutenção da exigência da multa qualificada.


Marcelo Cuba Netto