



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 10508.000102/2004-18
Recurso nº : 131.181
Sessão de : 21 de setembro de 2006
Recorrente : MARCELO PITHON BITTENCOURT - ME
Recorrida : DRJ/SALVADOR/BA

R E S O L U Ç Ã O Nº 303-01.211

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, converter o julgamento de recurso em diligência, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

Formalizado em:

26 OUT 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nanci Gama, Zenaldo Loibman, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausente o Conselheiro Sérgio de Castro Neves.

Processo nº : 10508.000102/2004-18
Resolução nº : 303-01.211

RELATÓRIO

Em trabalho de verificação fiscal, pelo exame do Livro Caixa de 1998 (fls. 04/17), constatou-se que contribuinte, enquadrado na condição de microempresa, excedeu o limite de receita bruta acumulada em abril/98, posto que, além das entradas identificadas como receitas de vendas, constavam outras entradas com o seguinte histórico: “RC. Cheques Diversos”.

Solicitado a prestar esclarecimentos sobre tais valores, a resposta do contribuinte (fls. 21/69), segundo a fiscalização, demonstrou que são valores recebidos de clientes, logo, foram considerados como receitas.

Por tais motivos, o Ato Declaratório Executivo nº 06 (fls. 74), datado de 30/03/2004, declarou o contribuinte excluído do Simples, a partir de 01/01/99, com fundamento nas disposições contidas na Lei nº9.317, de 05/12/96, artigo 9º, incisos I e II, 12, 14, inciso I e 15, inciso IV.

Ciente do Ato Declaratório Executivo (fls. 78-vº), o contribuinte apresentou tempestivamente, às fls. 80/82, Manifestação de Inconformidade, bem como os documentos de fls. 83/89, na qual alega, em suma, que:

(i) por equívoco, receitas pertencentes a terceiros foram depositadas em sua conta bancária, dando a entender que pertencia à empresa, devido a um engano de escrituração;

(ii) tanto que as pessoas beneficiadas receberam os créditos, resultantes de depósito, visto que não lhe pertencia;

(iii) não infringiu os artigos 12, 13 e 14 da referida lei, como também não cometeu nenhum ato que proibisse a sua opção a pequeno porte, isto porque seus tributos encontram-se regularizados e sem débito em Dívida Ativa da União;

(iv) o movimento de R\$ 6.619.976,99, em tão pouco tempo, e caso continuasse como uma empresa do Simples, figuraria um grande negócio lucrativo para o contribuinte.

Isto posto, o contribuinte requer sua permanência no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples, já que se trata de erro de escrituração.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador/BA (fls. 91/93), em razão da ausência de prova documental e idônea acerca do excesso na receita, decorrente dos cheques levantados pelo Fisco

Processo nº : 10508.000102/2004-18
Resolução nº : 303-01.211

pertencentes a terceiros, concluiu-se pela procedência do Ato Declaratório de Exclusão.

Irresignado com a decisão proferida, o contribuinte interpôs tempestivo Recurso Voluntário às fls. 95/96, no qual anexa os documentos de fls. 97/103 e aduz, em resumo, que não violou a Lei nº 9.317/96, que trata do Simples, bem como não cometeu nenhum ato impeditivo da opção como ME e como Pequeno Porte.

Por fim, aduz que se encontra em situação fiscal regular perante a SRF e PGFN, não infringiu os artigos 9º, 15 e 16 da Lei nº 9.317/96, visto que sua receita bruta no exercício de 1998 foi de R\$ 63.396,80, conforme declarado no Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, valor comprovado pelas notas fiscais de compra e venda das mercadorias, em poder da fiscalização.

Nestes termos, requer o contribuinte seja acolhido o Recurso, com o fim de permanecer no Simples.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº 314, de 25/08/99.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls.105, última.

É o relatório.

Processo nº : 10508.000102/2004-18
Resolução nº : 303-01.211

VOTO

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

Pelo que se verifica da análise dos autos, apurou-se a ocorrência de situação excludente com relação à empresa Recorrente, qual seja, receita bruta no ano-calendário de 1998, superior ao limite legal, ensejando a sua exclusão através do Ato Declaratório de fls. 74.

Com efeito, o inciso II, do artigo 9º da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, veda a opção à pessoa jurídica que:

“Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:

I – na condição de microempresa, que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, **receita-bruta superior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais);**” (grifei)

Somente da análise das cópias do Livro Caixa Auxiliar de 1998, constante às fls. 04/17, poder-se-ia concluir, de plano, que a contribuinte efetivamente auferiu receita bruta superior ao permitido pela legislação para a permanência no Simples.

Isto porque, conforme ressaltado pela D. Fiscalização, de fato se apura do Livro Caixa de 1998 (fls. 04/17), do somatório do histórico “RC. Cheques Diversos”, que a empresa fiscalizada excedeu, já em abril de 1998, o limite de receita bruta acumulada de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais).

Ocorre que, das poucas informações que a Recorrente trouxe aos autos (fls. 22/69), constam demonstrativos de clientes/fornecedores no ano de 1998, que, por sua vez, não esclarecem a questão.

Assim como, declara que (fls. 81) “por equívoco” aquelas receitas, pertencentes a terceiros, foram depositadas em sua conta bancária, devido a um “engano de escrituração”, tanto que “as pessoas beneficiadas receberam os créditos existentes resultante de depósitos” e que “os valores foram sacados por terceiros isso porque não lhe pertenciam”.

Ressalta também que sua atividade comercial é o “ramo de intermediação de compras e vendas de produtos agrícolas” (fls. 82).

Processo nº : 10508.000102/2004-18
Resolução nº : 303-01.211

Também alega em seu Recurso Voluntário (fls. 96) que sua receita bruta no ano-calendário de 1998 fora de R\$63.396,80, conforme declarado no Imposto de Renda Pessoa Jurídica (fls. 83/84 e 102/103).

Como em momento algum, a Recorrente demonstra a natureza de tais operações e comprova o repasse das aludidas receitas a terceiros, de modo que pudesse ser aceito o lançamento como tal, anote-se que este Relator entende que a análise de qualquer questão no âmbito do Processo Administrativo Fiscal deve ser norteada pelos princípios da materialidade e da tipicidade.

Oportuno, no entanto, a discussão de que outros princípios jurídicos, inerentes ao Processo Administrativo Fiscal, sejam trazidos à colação, tal como o princípio da verdade material.

O princípio da Verdade Material norteia o julgador para que descubra qual é o fato ocorrido e, a partir daí, qual a norma aplicável, ou seja, a verdade objetiva dos fatos.

Para Alberto Xavier, *“a instrução do procedimento tem como finalidade à descoberta da verdade material no que toca ao seu objeto com os corolários da livre apreciação das provas e da admissibilidade de todos os meios de prova. Daí a lei fiscal conceder aos seus órgãos de aplicação meios instrutórios vastíssimos que lhes permitem formar a convicção da existência e conteúdo do fato tributário”*. (in, “Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário”, 2ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1998)

Podemos concluir, assim, que **o dever de prova no procedimento administrativo de lançamento tributário é da Administração Pública, de modo que em caso de subsistir a incerteza por falta de prova, esta deve abster-se de praticar o ato de lançamento, pois, sendo a atividade vinculada, o princípio da verdade real é norteado pelo princípio da tipicidade e da estrita legalidade. O fato típico deve estar completo para aplicação da norma.**

O Professor Alberto Xavier (op. cit. pág. 207) ensina:
“Tão pouco pode a lei ordinária autorizar a Administração a modificar o conteúdo de qualquer elemento do tipo legal, confiada a função de fixar ou concretizar um dado elemento do tipo, em termos discricionários: sendo a tipicidade tributária uma tipicidade fechada, não pode a vontade administrativa modelar o conteúdo do tipo legal, fixado definitivamente e imutavelmente pela lei.”

Para o doutrinário Paulo Celso B. Bonilha, em sua obra “Da Prova no Processo Administrativo Tributário” (Ed. Dialética, São Paulo, 1997, 2ª edição) ao tratar do ônus da prova na relação processual tributária, conclui que:

Processo nº : 10508.000102/2004-18
Resolução nº : 303-01.211

"Se é verdade que a conformação peculiar do processo administrativo tributário exige do contribuinte impugnante, no início, a prova dos fatos que afirma, isto não significa, como vimos, que, no decorrer do processo, seja de sua incumbência toda a carga probatória. Tampouco a presunção de legitimidade do ato de lançamento dispensa a Administração do ônus de provar os fatos de seu interesse e que fundamentam a pretensão do crédito tributário, sob pena de anulamento do ato."

Assim, em nome de uma distribuição de Justiça mais serena e mais condizente com os princípios norteadores da atividade administrativa judicante, tais como o da verdade material, da certeza jurídica na relação tributária, da moralidade administrativa e da legitimidade e motivação dos atos administrativos, não há outro meio para solucionar a lide, senão converter o presente em diligência.

Com efeito, como ressaltado no início do presente, há receitas lançadas no Livro Caixa da Recorrente que, à primeira vista, fazem concluir que a empresa auferiu receita maior que o permitido pela legislação para a opção ao Simples.

Porém, a Recorrente traz aos autos informações controversas ao constatado pela Fiscalização, bem como a Declaração do Imposto de Renda PJ, ano-calendário 1998, demonstra valores contrastantes ao verificado no Livro Caixa/98, logo, em respeito ao princípio da verdade material, pilar do processo administrativo, há que se propor esclarecer melhor a questão, antes de formar-se a convicção final.

Desta feita, converto o presente julgamento em diligência à repartição de origem, a fim de que intime o contribuinte a, concomitantemente:

- 1) esclarecer e comprovar qual a natureza da relação com as empresas supostamente "beneficiadas" com os depósitos referentes a "RC. Cheques Diversos", constantes do Livro Caixa/1998;
- 2) elucidar qual "erro de escrituração" gerou os depósitos em sua conta bancária de valores "pertencentes a terceiros", no ano-calendário de 1998;
- 3) comprovar a devolução dos valores que "por equívoco" foram depositados em sua conta bancária, de modo a justificar os valores constantes da Declaração do IR/PJ, ano-calendário/98.

Sala das Sessões, em 21 de setembro de 2006.


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator