



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

Processo nº 10909.000453/2006-60
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1803-01.041 – 3ª Turma Especial
Sessão de 04 de outubro de 2011
Matéria IRPJ
Recorrente VANILDE WIPPEL ZERMIANI ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

OMISSÃO DE RECEITA. LIMITE DE FATURAMENTO QUE ULTRAPASSA O DISPOSTO EM LEI PARA PEQUENAS E MICRO EMPRESAS.

A empresa que, regularmente intimada, não comprova, com documentação hábil e idônea os recursos financeiros utilizados no pagamento das aquisições de mercadorias/despesas, enquadra-se no dispositivo de omissão de rendimentos e se ultrapassar o limite de faturamento disposto legalmente para as pequenas e micro empresas deve ser excluída do SIMPLES.

MULTA QUALIFICADA.

A simples argumentação de dolo, fraude ou simulação sem fundamentação em provas não é suficiente para manter a qualificação da penalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento em parte ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado Digitalmente)

Selene Ferreira de Moraes - Presidente.

(Assinado Digitalmente)

Meigan Sack Rodrigues- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Selene Ferreira de Moraes (Presidente), Sérgio Rodrigues Mendes, Walter Adolfo Maresch, Sérgio Luiz Bezerra Presta, Meigan Sack Rodrigues e Victor Humberto da Silva Maizman.

Relatório

Trata-se o presente feito de auto de infração de exclusão do Simples em função de omissão de receita de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS. Isso, porque regularmente intimada a empresa recorrente não consegue comprovar, com documentação hábil e idônea a origem dos recursos financeiros utilizados no pagamento das aquisições de mercadorias/despesas da empresa Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. A Declaração Anual Simplificada foi apresentada com receita anual de R\$ 58.138,57, porém a recorrente não consegue comprovar a origem dos recursos financeiros no valor total de R\$ 1.243.486,74 para o mesmo período, imputando-se como Receita Bruta omitida nos termos do art.40 da Lei nº 9.430/96. Ultrapassando assim o limite estabelecido para opção ao SIMPLES. Foi excluída *ex officio* da tributação Simplificada por situação excludente nos termos da legislação.

Nas exações mencionadas acima foram aplicadas multas de lançamento de ofício de 75% na infração tida por insuficiência de recolhimento e de 150% para a infração tida como pagamento efetuado com recurso estranho à escrituração e juros de mora.

Devidamente cientificada, a empresa recorrente apresenta Impugnação em que se defende alegando, em apertada síntese, que por ser pressionada pela fiscalização acabou confessando inverdades, ferindo com isso os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, todos dispostos na Constituição Pátria. Isso, porque a Impugnação não teve a intenção de reconhecer a emissão das notas fiscais pagas à sua credora Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda e com isso nega a existência dos referidos documentos.

Prossegue a recorrente aduzindo que outro princípio Constitucional foi ferido pela fiscalização, qual seja o da Ordem Econômica e Financeira, conforme se verifica no Título VII, da Constituição Federal, artigo 170, inciso IX, onde o Legislador Constituinte quis dar tratamento diferenciado às entidades, visto que o governo Federal oferece proteção à microempresa. E nesse caminho, a recorrente indaga qual a razão de aplicar multas em níveis tão altos que, provavelmente, inviabilizarão suas atividades, e na certa, levarão a mesma à insolvência?

No tocante ao auto de infração, a empresa recorrente atenta para o fato de haver omissão de receita e receitas não escrituras que não devem ser levadas a efeito, porquanto constar como base de cálculo o valor de R\$ 1.301.625,31 (hum milhão, trezentos e um mil, seiscentos e vinte e cinco reais e trinta e um centavos), porém, conforme se demonstra nas páginas 02 de 04 do Termo de Encerramento e Ação Fiscal, consta como omissão de receita, o valor de R\$ 1.243.486,74 (hum milhão, duzentos e quarenta e três mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e setenta e quatro centavos). E face essa diferença, requer a recorrente o recálculo da base de cálculo do tributo.

Prossegue a recorrente afirmando que não foram mencionadas as devoluções de compras no período fiscalizado e requer que a fiscalização comprove a inexistência de tais devoluções, solicitando de ofício à empresa Nacional Gás Butano, relação contendo as notas fiscais de devolução de compra no período e havendo deverão ser diminuída do referido demonstrativo do período. Neste sentido, requer a desconstituição do Demonstrativo de Percentuais Aplicáveis Sobre a Receita Bruta e ainda, a anulação do Auto de Infração, pela incorreta apuração dos valores utilizados como base de cálculo dos tributos estipulados no auto.

Em ato contínuo, solicita a empresa a abertura de prazo para a reconstituição de sua contabilidade, pela aplicação do Lucro real, Presumido ou Arbitrado, pois a aplicação arbitrária de percentuais em níveis de 7,40% a 10,32% se tornará insuportável para a mesma, resultando sem efeito futura execução fiscal. Isso porque entende que as características inerentes à atividade do comércio de gás foram desconsideradas pelo fisco.

Argumenta a recorrente que a notificação é nula por não atender às prescrições constitucionais e legais, estando assentada em presunção tão somente. Prossegue afirmando que o auto está em desalinho com os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade e contrapõe-se à multa como confiscatória. Cita jurisprudência e doutrina.

Entende a empresa recorrente tratar-se de um caso de confisco, vez que considera como lucro líquido real o total da operação lançada, sem considerar o seu custo de aquisição. E nesse mesmo caminho deve ser considerado também como ofensa ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao Princípio da continuidade da empresa. Segue aduzindo ser uma verdadeira liquidação de empresa, um caso de indevida anexação ao erário, um caso de predadorismo e voracidade fiscal, não aceitável pelas normas constitucionais. Cita doutrina.

Contrapõe-se a recorrente à notificação quanto à prova, alegando que incumbe ao fisco provar que tem um crédito a receber. Cita doutrina. Aduz que a notificação baseada em suposições é nula, pois transfere indevidamente o ônus da prova para o contribuinte. E, por fim, requer o cancelamento do auto.

A autoridade de primeira instância, ao julgar o feito entendeu por manter o auto de infração em sua integralidade. Aferiu que a fiscalização agiu no estrito cumprimento do dever legal, qual seja, intimou a empresa recorrente a manifestar-se a respeito da emissão das notas em nome da empresa Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda e esta devidamente acatou e na sua compreensão prevalece sobre sua confissão e retratação.

No tocante à inconsistência no valor da matéria tributável, alegada pela recorrente, a autoridade afirma que não houve, posto que o valor de R\$ 1.301.625,31 trata-se do total das receitas: as declaras (R\$ 58.138,57) e as omitidas (R\$ 1.243.486,74). Já no que diz respeito às alegações da recorrente quanto à desconsideração das devoluções de compra de mercadoria, competia a esta a prova e não ao fisco.

Prossegue a autoridade aduzindo que referente à questão de que sua atividade apresenta margem de venda de 20% e que a matéria tributável deveria seguir este percentual e que só se considerou as receitas e não as despesas, de se dizer apenas que tais questões são irrelevantes, uma vez que o valor devido (mensalmente) pelas microempresas e empresas de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, é determinado mediante a aplicação de percentuais sobre a receita bruta mensal auferida (art.188 do RIR/99, com base na Lei 9.317/96, vigente à época do fato gerador). Ainda, referente à solicitação de abertura de prazo para reconstituição

de escrita contábil e opção pelo Lucro Real, Presumido ou Arbitrado, entende a autoridade que a empresa está enganada no seu entendimento, posto não fazer jus, haja vista que no ano em comento (2002), encontrava-se submetida às regras do Simples e de acordo com as normas da Lei 9.317 (artigo 8º), a opção assim exercida submeterá a pessoa jurídica à sistemática do Simples a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente, sendo definitiva para todo o período. Em ato contínuo, descreve a autoridade sobre a presunção e mais especificamente, no caso presente, das presunções legais relativas, citando doutrina.

Ademais, compõe o julgador que a empresa recorrente, por ser optante do Simples, aumentava ainda mais a gravidade da situação, uma vez que agia de maneira desigual com as outras empresas do gênero, pois subtraía, intencionalmente, do Fisco Federal o conhecimento de grande parte de suas receitas tributáveis em todos os meses do ano calendário de 2002, omissão esta farta e materialmente comprovada e, conseqüentemente, não recolhia os impostos e contribuições devidos, no caso, de recolhimento segundo as regras do SIMPLES.

Já quanto à multa de ofício, aduz a autoridade “*a quo*” que com relação aos argumentos trazidos pela recorrente acerca do caráter confiscatório das multas aplicadas, que reclamações desta natureza não cabem sua apreciação nas instâncias administrativas. O julgador de primeira instância discorre brevemente sobre o tema do princípio do confisco e a direção que deve ser voltada ao judiciário e não à administração tributária, até porque no seu entender a autoridade lançadora não deve nem pode fazer um juízo valorativo sobre a conveniência do lançamento, posto que o que interessa é a ocorrência do fato gerador e não a repercussão no patrimônio do contribuinte.

Entende que em se tratando de falta de pagamento ou recolhimento de imposto/contribuição, apurada em procedimento de ofício, a autoridade lançadora deve aplicar a multa de lançamento de ofício, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não podendo deixar de aplicá-la ou reduzir seu percentual ao seu livre arbítrio. Ainda, como as multas de ofício estão previstas em ato legal, vigente, regularmente editado, descabida mostra-se qualquer manifestação deste órgão julgador no sentido do afastamento de sua aplicação/eficácia. No mais, a apreciação de arguições de inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação tributária foge a alçada das autoridades administrativas de qualquer instância, que não dispõem de competência para examinar hipóteses de violações às normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional.

Cientificada da decisão de primeira instância, a recorrente apresenta suas razões em recurso voluntário tempestivamente, alegando cerceamento do direito de defesa, porquanto acreditar que autoridade “*a quo*” deixou de examinar a matéria e errou ao entender como confissão quando a recorrente reconheceu que a emissão de notas fiscais contra a mesma, pela fornecedora, queira dizer que tenha aceitado a pretensão do fisco em efetuar o lançamento do tributo como receita tributável.

Em ato contínuo, abrange o conceito de receita bruta, citando doutrina, principalmente voltada para a seara do sistema Simples, requerendo por fim que seja reformado o acórdão, deixando de ser levado a efeito o auto de infração para fins de lançamento. Quanto à presunção de omissão de receita, argumenta a recorrente que não há como prosperar a autuação com base unicamente em apuração de custos envolvidos como já foi exposto anteriormente, carece de fundamento legal, enquadrar aquisições de mercadorias como receita bruta. Ademais em nenhuma parte do auto de infração se verifica o pedido para a recorrente comprovar a origem dos recursos.

Prossegue referindo que compra não é receita e que houve várias devoluções durante o período fiscalizado e pede novamente que a empresa Nacional Gás Butano forneça as notas das devoluções para que sejam abatidas e com isso recalculado o referido demonstrativo.

A empresa recorrente novamente faz alusão ao tratamento dado pela Constituição às empresas de pequeno porte e às micro-empresas. Trata da nulidade da notificação. Tudo já disposto em razões de Impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Meigan Sack Rodrigues, Relatora

O recurso preenche os requisitos de sua admissibilidade, e dele tomo conhecimento.

Trata-se o presente feito de auto de infração de exclusão do Simples em função de omissão de receita de IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS que extrapolaria os limites de faturamento dispostos em lei para as pequenas e micro empresas. De um lado o fisco argumenta que a empresa recorrente, regularmente intimada, não conseguiu comprovar, com documentação hábil e idônea, a origem dos recursos financeiros, utilizados no pagamento das aquisições de mercadorias/despesas da empresa Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda, no montante de R\$ 1.243.486,74 (hum milhão, duzentos e quarenta e três mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e setenta e quatro centavos), de outro lado, a empresa recorrente, admitindo a compra da mercadoria, argumenta tratar-se apenas de custos não contabilizados e não receita, e requer que o fisco peça para a empresa Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda que esta apresente as notas de devolução de mercadoria, com o escopo de chegar a um número real de bens adquiridos pela mesma.

Diante do impasse, entendo que cumpria à empresa recorrente apresentar as notas de devolução, caso as mesmas existissem, para comprovar as suas argumentações, haja vista ter condição de assim o proceder, caso fosse essa a situação da empresa há época. Em assim não procedendo não há como basear-se na idéia de que se trata tão somente de uma presunção da presunção, como intenta fazer crer a empresa recorrente, sem contudo apresentar provas em sua defesa. A compra de mercadoria, com emissão de notas fiscais, realmente significa receita não contabilizada, gerando omissão, em não se enquadrando nesse caso, cumpre à empresa apresentar suas provas, em sua defesa, oportunidade esta fortemente oferecida no decorrer do procedimento administrativo.

Porém, a recorrente, embora tenha trazido de livre e espontânea vontade os extratos, tendo inclusive utilizado isso em sua defesa, fundamentando suas justificativas quanto à multa aplicada, deixou de aprofundar suas explicações, perpetrando o contraditório tão somente com argumentações sem consolidá-las em provas. Motivo esse pelo qual entendo que, no mérito, a decisão “*a quo*” encontra-se em perfeita harmonia com o ordenamento pátrio.

Processo nº 10909.000453/2006-60
Acórdão n.º **1803-01.041**

S1-TE03
Fl. 746

No entanto, não vejo como manter a qualificação da multa, posto que a simples argumentação da fiscalização, sem a comprovação efetiva do dolo, da fraude ou da simulação, não pode prosperar.

Diante do exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso do contribuinte para desqualificar a multa de 150% para 75%.

(Assinado Digitalmente)

Meigan Sack Rodrigues- Relatora