



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

Processo nº 19515.000059/2005-49
Recurso nº 156.897 Voluntário
Acórdão nº 1201-00.018 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2009
Matéria IRPJ E OUTROS - Ex(s): 2003
Recorrente ROCA CALÇADOS LTDA.
Recorrida 1ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. REQUISITOS ESSENCIAIS.

Tendo sido regularmente oferecida a ampla oportunidade de defesa, com a devida ciência do auto de infração, e não provada violação das disposições previstas na legislação de regência, restam insubsistentes as alegações de nulidade do auto de infração e do procedimento Fiscal.

MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO - MULTA QUALIFICADA - A multa qualificada de 150% só tem lugar quando comprovado o evidente intuito de fraude ou dolo.

MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.

O agravamento da multa de ofício pelo atraso ou não atendimento de intimações e pedidos de esclarecimentos só tem aplicação quanto efetivamente demonstrada a recusa ou efetivo prejuízo ao procedimento fiscal.

OMISSÃO DE RECEITAS. RECEITAS NÃO ESCRITURADAS.

As receitas não escrituradas, omitidas na declaração simplificada e não oferecidas à tributação devem ser computadas na base de cálculo dos tributos a que estiverem sujeitas.

JUROS DE MORA- SELIC - 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 (Súmula 1º CC nº 4)

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para afastar o agravamento e a qualificação da multa, vencida a Conselheira Adriana Gomes Rego que mantinha a qualificação, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


ADRIANA GOMES REGO – Presidente.


ANTONIO BEZERRA NETO – Relator.

EDITADO EM: 27 AGO 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antonio Bezerra Neto, Alexandre Barbosa Jaguaribe, Leonardo de Andrade Couto, Carlos Pelá, Regis Magalhães Soares Queiroz, Guilherme Adolfo Dos Santos Mendes, Antonio Carlos Guidoni Filho, e Adriana Gomes Rego (presidente da turma).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 8.838, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I-SP.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

"Em decorrência de ação fiscal direta, a contribuinte, acima identificada, foi autuada, em 04/02/2005 (fl. 387), e intimada a recolher o crédito tributário constituído relativo ao IRPJ, à contribuição para o PIS, à COFINS, à CSLL, à Contribuição para a Seguridade Social-INSS, multa proporcional e juros de mora, referentes a fatos geradores ocorridos em 2003.

2. Conforme descrito nos Autos de Infração e no Termo de Verificação Fiscal (fls. 321 a 328), a contribuinte cometeu as seguintes infrações:

2.1. omissão de receitas pela falta de comprovação de escrituração, declaração e conseqüente oferecimento à tributação de receitas obtidas com vendas realizadas através de cartões de crédito cujos montantes mensais são os seguintes: R\$77.835,28 em janeiro, R\$90.523,90 em fevereiro, R\$138.945,20 em março, R\$150.281,50 em abril, R\$183.733,50

 2

em maio, R\$112.396,35 em junho, R\$142.305,09 em julho, R\$138.416,54 em agosto, R\$143.999,55 em setembro, R\$165.703,54 em outubro, R\$194.395,63 em novembro e R\$319.810,88 em dezembro;

2.2. diferença de base de cálculo no mês de janeiro no valor de R\$1.000,00; e

2.3. insuficiência de recolhimento conforme demonstrativos de fls. 331 a 335.

3. Tendo em vista o apurado, foram lavrados, conforme preceitua o artigo 9º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, os seguintes Autos de Infração:

3.1. IRPJ (fls. 346 a 349) com base nos artigos 186, 188 e 199 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/1999), 24 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “a”, 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e 3º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, formalizando crédito tributário calculado até 30/12/2004 no montante de R\$32.822,54;

3.2. PIS (fls. 355 a 358) com base no artigo 3º, alínea “b” da Lei Complementar (LC) nº 07, de 07 de setembro de 1970, combinado com o artigo 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 17, de 12 de dezembro de 1973, artigos 2º inciso I, 3º e 9º da Medida Provisória nº 1.249, de 14 de dezembro de 1995 e suas reedições, artigos 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “b”, 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 30/12/2004, no montante de R\$32.822,54;

3.3. CSLL (fls. 364 a 367) com base nos artigos 1º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “c”, 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 30/12/2004, no montante de R\$54.146,91;

3.4. COFINS (fls. 373 a 376) com base nos artigos 1º da Lei Complementar (LC) nº 70, de 30 de dezembro de 1991, 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “d”, 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 30/12/2004, no montante de R\$108.294,10; e

3.5. Contribuição para a Seguridade Social – INSS (fls. 382 a 385) com base nos artigos 2º, § 2º, 3º, § 1º, alínea “f”, 5º, 7º, § 1º, e 18 da Lei nº 9.317/1996, e 3º da Lei nº 9.732/1998, formalizando crédito tributário, calculado até 30/12/2004, no montante de R\$211.011,75.

4. O enquadramento legal das multas de ofício aplicadas é o artigo 44, inciso I e § 2º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, combinados com o artigo 19 da Lei nº 9.317/1996 (fls. 342, 351, 360, 369 e 378). O enquadramento legal dos juros de

mora é o artigo 61, § 3º, da Lei nº 9.430/1996 (fls. 343, 352, 361, 370 e 379).

5. Irresignada, em 07 de março de 2005 a empresa apresentou, representada por procuradores (fls. 429 a 437), a impugnação de fls. 402 a 429, instruída com os documentos de fls. 430 a 476, na qual alega, em síntese, o seguinte:

5.1. nulidade dos autos de infração decorrente de carência de motivação e fundamentação consistentes e suficientes e não demonstração pela autoridade fiscal da quantificação da base de cálculo apontada, o que acarreta violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e se encaixa na previsão de nulidade por preterição do direito de defesa prevista no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972;

5.2. "a análise dos extratos de pagamentos efetuados pelas administradoras de cartão de crédito, acostados ao lançamento, demonstram valores diferentes do valor lançado";

5.3. o § 1º do artigo 29 da Lei nº 9.784/1999 "demonstra de forma inquestionável que à autoridade administrativa cabe o ônus da prova quanto às alegadas omissões de receita, ao contrário do que entende o nobre Fiscal da Receita Federal";

5.4. a análise das notas fiscais emitidas e dos livros fiscais, já verificados pelo auditor fiscal, demonstram que as vendas por cartão de crédito constam na escrituração contábil e na receita bruta anteriormente oferecida à tributação (R\$1.164.544,38) na Declaração Simplificada, o que representa nítida dupla tributação sobre a mesma base;

5.5. como procede a sua escrituração pelo regime de competência, o auditor fiscal não poderia lançar sem apreciar as notas fiscais emitidas em confronto com a escrituração e os pagamentos recebidos;

5.6. não se diga que a escrituração contábil deveria ter sido efetuada em nome das administradoras de cartão de crédito, como pretende o auditor fiscal, pois os valores recebidos foram lançados em nome dos compradores e devidamente discriminados como determinam os Princípios Fundamentais de Contabilidade e em respeito ao regime de competência adotado;

5.7. o auditor fiscal também não deduziu os valores descontados pelas administradoras de cartão de crédito, o que desrespeita o conceito de receita bruta constante do § 2º do artigo 2º da Lei nº 9.317/1996, do artigo 31 da Lei nº 8.981/1995 e do artigo 224 do Decreto nº 3.000/1999 para fins de determinação do IRPJ e também para determinação da CSLL (artigo 57 da Lei nº 8.981/1995) e da contribuição ao PIS e da COFINS (Leis nº 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/2003 e suas alterações);

5.8. não procede o agravamento da multa de ofício para o percentual de 112,5%, pois foram disponibilizados ao auditor

fiscal, como requerido, todos os documentos necessários e obrigatórios;

5.9. as hipóteses para aplicação da multa de ofício em 112,5%, previstas no artigo 959 do RIR/1999, são específicas e não incluem a apresentação de "planilhas" solicitadas pela agente fiscal, como no caso, o que afasta cabalmente a multa aplicada;

5.10. as multas de 112,5% e 75% devem ser reduzidas por ofensa aos princípios constitucionais da vedação de tributo com efeito confiscatório (artigo 150, inciso IV), da igualdade (artigos 5º, caput, e 150, inciso II) e do direito de propriedade (artigo 5º, incisos XXII e LIV);

5.11. deve-se afastar o descabido entendimento de que se pode aplicar multa nos referidos patamares, já que teria natureza jurídica diversa da natureza jurídica de tributo, pois, para efeito de exigibilidade do crédito tributário, multa e tributo se constituem em obrigação principal, conforme corroboram os artigos 113, 163 e 186 do Código Tributário Nacional;

5.12. diante da estabilidade da moeda e ausência de inflação, torna-se absurdo economicamente e juridicamente impossível, acatar multas extorsivas e incongruentes, que constituem afronta ao princípio da capacidade contributiva;

5.13. o crédito tributário não necessita de proteção por meio de multa abusiva, já que a legislação fiscal prevê a incidência de correção monetária e juros de mora com esta finalidade;

5.14. os juros de mora com base na Taxa Selic são ilegais por esta ter natureza remuneratória e de correção monetária de títulos públicos federais, não podendo ser aplicada aos débitos tributários, já que os estará corrigindo e remunerando em índices superiores ao permissivo legal de 1% ao mês (artigo 161, § 1º, do CTN); e

5.15. a lei ordinária somente pode estabelecer o uso de taxa de juros diversa da prevista na lei complementar (CTN), se esta taxa for criada por lei, o que não é o caso da Taxa Selic que foi criada por atos administrativos do Banco Central do Brasil.

6. Conforme Ato Declaratório DICAT/DERAT/SPO nº 07, de 23 de março de 2005 (fl. 573), a contribuinte foi excluída do Simples, a partir de 01/01/2004, por sua receita bruta ter ultrapassado em 2003 o limite legal para este sistema de tributação, conforme constante dos autos de infração e Termo de Verificação acima descritos.

7. Cientificada da exclusão em 01 de abril de 2005 (fls. 574 e 574 verso), a contribuinte, representada por procuradores (fls. 580 a 599), apresentou o pedido de revisão da exclusão do Simples de fls. 575 a 580, solicitando, em síntese, a reinclusão no Simples até que sejam definitivamente julgados os lançamentos acima citados, pois a exclusão deste sistema de tributação decorreu dos mesmos lançamentos e estes encontram

com sua exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, inciso III, do CTN, devido à impugnação apresentada.

8. Observe-se, por fim, que a exclusão do Simples estava sendo tratada no processo administrativo nº 19515.000061/2005-18, que foi juntado por anexação ao presente processo administrativo, conforme determina a Portaria do Secretário da Receita Federal nº 6.129, de 02 de dezembro de 2005 (fls. 494 a 496), compondo as atuais fls. 497 a 658."

A DRJ, por unanimidade de votos, considerou procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido, nos termos da ementa abaixo:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

Ementa: INFRAÇÃO ATRIBUÍDA. CIÊNCIA E DESCRIÇÃO CLARA. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE.

A ciência à contribuinte de auto de infração acompanhado de Termo de Verificação Fiscal que descreve claramente a infração

que lhe é atribuída e a inexistência de fato que impeça a autuada de se defender plenamente afastam a caracterização de preterição do direito de defesa e ofensa aos princípios constitucionais do devido processo, contraditório e ampla defesa.

LANÇAMENTOS DECORRENTES.

O decidido quanto à infração que, além de implicar o lançamento de IRPJ implica os lançamentos da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e da Contribuição para a Seguridade Social-INSS, também se aplica a estes outros lançamentos naquilo em que for cabível.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

Ementa: OMISSÃO DE RECEITAS. RECEITAS NÃO ESCRITURADAS.

As receitas não escrituradas, omitidas na declaração simplificada e não oferecidas à tributação devem ser computadas na base de cálculo dos tributos a que estiverem sujeitas.

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

Ementa: OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS. REGISTRO OBRIGATÓRIO.

O contribuinte optante pelo Simples deve registrar toda sua movimentação financeira, inclusive bancária, em escrituração comercial ou em Livro Caixa.

LIMITE DE RECEITA BRUTA. ULTRAPASSAGEM. EXCLUSÃO.

O contribuinte que na condição de empresa de pequeno porte, tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta superior a R\$1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) deve ser excluído do SIMPLES.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Data do fato gerador: 31/01/2003, 28/02/2003, 31/03/2003, 30/04/2003, 31/05/2003, 30/06/2003, 31/07/2003, 31/08/2003, 30/09/2003, 31/10/2003, 30/11/2003, 31/12/2003

Ementa: INTIMAÇÕES. NÃO ATENDIMENTO NO PRAZO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA MAJORADA.

A multa aplicada no lançamento de ofício deve ser majorada em 50% se o contribuinte não atende no prazo marcado as intimações para prestar esclarecimentos.

MULTA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

O percentual da multa aplicada sobre os impostos e as contribuições apurados em lançamento de ofício é de 75% no mínimo.

CRÉDITO VENCIDO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Os créditos tributários vencidos e ainda não pagos devem ser acrescidos de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic)."

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuinte, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

É o relatório. 



Voto

Conselheiro ANTONIO BEZERRA NETO, Relator.

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

DELIMITAÇÃO DA LIDE

De acordo com o demonstrativo de fl. 329, a contribuinte atingiu em 2003 uma receita bruta no montante de R\$3.023.891,34. Diante deste fato, foi emitido o Ato Declaratório Executivo Dicat/Derat/SPO nº 07, de 23 de março de 2005 (fl. 573), que excluiu a interessada do Simples a partir de 01 de janeiro de 2004

Porém, de somenos importância tem esse fato, pois a recorrente não recorreu contra a exclusão do Simples.

PRELIMINAR DE NULIDADE

A recorrente, em síntese, suscita preliminarmente a nulidade do feito sob o argumento de que haveria uma desconformidade na adequação fato-norma, viciando totalmente o ato e não preenchendo os requisitos de validade.

Vejamos por suas próprias palavras: "Não se trata, como pretende fazer crer o ilustre Agente Fiscal, de falta de fundamentação legal contida no auto, mas de falta de nexo causal entre os elementos de prova que lhe foram apresentados e o crédito tributário que por ele foi constituído."

Apenas para um melhor esclarecimento sobre o assunto, transcreve-se o dispositivo que rege a matéria no processo administrativo fiscal. Prescreve o art. 59 do Decreto 70235/72 com a nova redação dada pela Lei 8748/93:

"Art. 59 - São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;"

Por conseguinte, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, nem há que se falar em preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da peça impugnatória acostada aos autos.

A recorrente alega que não foram observados dois requisitos fundamentais à validade do ato administrativo. Os requisitos apontados estão previstos em lei, são os incisos III e IV do art. 10 do Decreto 70.235/72 e têm a seguinte redação:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

.....
.....

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

(....)”

A acusação apontada é improcedente. Examinado o Auto de Infração, não se constata nenhum vício de forma, tendo sido observadas as prescrições contidas no Decreto nº 70.235, de 1972. Verifica-se que constam adequadamente descritos os fatos apurados pela autoridade, a fundamentação legal, a matéria tributável, os valores apurados e os fatos motivadores da autuação, permitindo ao contribuinte conhecer todos os elementos componentes da ação fiscal e, assim, propiciando-lhe todos os meios para livre e plenamente manifestar suas razões de defesa, como efetivamente o fez.

Acrescente-se que, quando muito, em se admitindo o fato da autoridade lançadora ter cometido algum engano com relação à matéria de fato e a sua subsunção à norma, tratar-se-ia então de questão de mérito e não de preliminar de nulidade.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

MÉRITO

A recorrente, em síntese, tenta demonstrar que o ônus da prova caberia à autoridade administrativa quanto às alegadas omissões de receita. Se houvesse sido feita a competente análise das notas fiscais emitidas e dos livros fiscais, ficaria, então demonstrado que as vendas por cartão de crédito constam na escrituração contábil e na receita bruta anteriormente oferecida à tributação (R\$1.164.544,38) na Declaração Simplificada.

A recorrente foi intimada e reintimada (Termo de Intimação nº 3 (21/09/2004) e 5 (05/11/2004)– fls. 45 e 46) a informar mensalmente, para o ano-calendário de 2003, a receita auferida com cartão de crédito de 3(três) administradoras.

Em 18/11/2004, em atendimento às intimações acima, apresenta uma tabela mensal (fl. 47) com as receitas auferidas com cartão de crédito, totalizando o montante de 1.858.346,96.

Em 15/12/2004, através do Termo e Intimação nº 06 (fl.48), foi intimada a identificar no registro de saídas e no livro razão a escrituração dos valores das receitas de vendas de mercadorias, no ano-calendário de 2003, através de cartões de crédito, indicando as fls. do livro Razão onde se encontram as referidas receitas. A recorrente silenciou-se, não fazendo a correlação solicitada.

Ou seja, a recorrente primeiro indica as receitas de vendas com cartão de créditos. Traz um valor bem superior ao declarado; no razão o autuante só encontra

escrituradas receitas em nome dos compradores e não em nome da administradora do cartão de crédito e, por último, omite-se da desincumbência de justificar, pelo menos, se parte daquelas receitas integrariam o montante já declarado.

A escrituração contábil deve obedecer aos princípios fundamentais de contabilidade e estar embasada em documentos hábeis e idôneos. Tecnicamente, a escrituração das vendas com cartões de crédito deve obedecer a alguns padrões. A conta que registra o crédito a receber, no Ativo Circulante, deve ser aberta em nome da administradora do cartão de crédito, e não em nome do comprador da mercadoria. Isso porque a administradora, por contrato, fica responsável pelo recebimento do comprador, desobrigando a empresa vendedora de qualquer ônus ou perda com a operação caso o comprador não venha a liquidar seu débito.

Ora, vê-se que o autuante fez de forma competente a sua parte. Fez as intimações necessárias, a partir delas obteve provas contra o contribuinte (receita informada maior o que a declarada), solicitou esclarecimentos adicionais e, por fim, verificou que nem uma receita foi contabilizada em nome das administradoras de cartão de crédito. Enfim, a própria contabilidade do contribuinte fazia prova contra ele.

Desta forma, por óbvio, que o ônus estaria invertido. Competiria exclusivamente ao contribuinte, nesse momento, exibir as provas técnicas - contábil e jurídica - , de que suas operações não se realizaram ao arrepio da lei. Era obrigação da fiscalizada oferecer em resposta todos os documentos e informações inerentes à operação e fazendo a correlação necessária, o que não fez em nenhum momento. Manteve-se silente ou trouxe apenas alegações meramente genéricas e protelatórias.

De se ressaltar, por fim, que não pode ser considerado como valor tributável apenas a diferença entre a receita declarada e o total das receitas auferidas através do cartão de crédito, pois que, como restou demonstrado nos autos, a interessada não logrou estabelecer qualquer vínculo entre essas e os valores constantes em sua escrituração contábil.

ALEGADO EQUÍVOCO DE BASE DE CÁLCULO

Alega que auditor fiscal também não deduziu os valores descontados pelas administradoras de cartão de crédito, o que desrespeita o conceito de receita bruta constante do § 2º do artigo 2º da Lei nº 9.317/1996, do artigo 31 da Lei nº 8.981/1995 e do artigo 224 do Decreto nº 3.000/1999. Por fim, alega que não foram considerados os pagamentos ocorridos (Darfs em anexo) e a adequação ao regime de competência. Deveria ter sido feito um confronto entre as notas fiscais emitidas, a escrituração e os pagamentos efetuados.

VALORES DESCONTADOS

Não procede a primeira alegação.

A receita bruta tributável no Simples está definida no § 2º do artigo 2º da Lei nº 9.317/1996:

"§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas



operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos."

Assim, o autuante estava vinculado a considerar apenas as deduções previstas expressamente na definição de receita bruta: as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos que nada tem a ver com os descontos realizados pelas administradoras de cartões a título de comissão.

REGIME DE COMPETÊNCIA

É verdade que as pessoas jurídicas optantes pelo Simples podem escolher entre o regime de competência ou o regime de caixa para calcular o montante devido de acordo com este sistema de pagamentos de tributos.

O fato de a recorrente ter escolhido o regime de competência e o numerário ingressar de fato no caixa no momento do recebimento não exclui a hipótese legal de terem sido efetuados os lançamentos contábeis que identificassem perfeitamente esta situação, isto é, deveria haver a correlação entre as notas fiscais de venda com os recebimentos dos valores em datas posteriores. Ora, mas foi justamente isso que a recorrente foi intimada a fazer e não o fez.

Ademais, foi a própria autuada que assinou e forneceu um demonstrativo contendo as receitas auferidas de forma mensal (fl.47), descabendo, portanto, falar em diferenças produzidas pelo regime adotado.

DA MULTA DE OFÍCIO DE 150%

Conforme motivação do autuante "ao deixar de escriturar as receitas oriundas do cartão de crédito a empresa incorreu, em tese, no crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º da Lei nº 8.137, de 27 dezembro de 1990(...)"

Tenho pautado os meus votos no sentido de que a "prática reiterada" de omissão de receitas constitui condição suficiente para a caracterização do evidente intuito de fraude, não porque o intuito de fraude apenas se concretize com a repetição, mas porque com a repetição é que se exterioriza objetivamente o evidente intuito de fraude.

Dessa forma, a prática de omitir receitas por vários anos de forma reiterada (elemento objetivo) denota concretamente o "evidente intuito de fraude". Não se pode aqui imaginar que o agente que pratica "erros" de forma contínua por um longo tempo não possua a intenção de retardar/impedir ou afetar as características essenciais da ocorrência do fato gerador.

Porém, nesse conceito impera uma lacuna de indeterminação de grau: a partir de quantos meses ou quantos anos uma prática pode ser considerada reiterada? Isso não quer dizer que esteja aqui se defendendo a discricionariedade do fiscal ou do julgador, mas tão-somente reconhecendo uma lacuna de indeterminação de grau ínsita a esse conceito. E isso acontece também porque não existe uma definição legal estipulativa de forma a fechar essa lacuna. Portanto, para fechar essa lacuna tenho me pautado em meus votos em um período que ultrapasse 1(um) ano.

Portanto, o caso que se cuida, por ser exatamente 1(um) ano, não se subsume ao conceito de “prática reiterada” por mim adotado e como tal, não se revela o evidente intuito de fraude.

Diante desse contexto, deve ser reduzida a multa qualificada de 150% para 75%.

MULTA DE OFÍCIO (75%) E JUROS DE MORA

Quanto à legalidade da multa de ofício e dos juros de mora segundo as taxas SELIC, estão eles previstos em disposição legal em vigor, não cabendo a este órgão do Poder Executivo deixar de aplicá-los, encontrando óbice, inclusive nas Súmulas nºs 2 e 4 deste E. Primeiro Conselho de Contribuintes, *in verbis*:

“Súmula 1ª CC nº 2: O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (DOU, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006).

Súmula 1ª CC nº 4: 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”. (DOU, Seção 1, dos dias 26, 27 e 28/06/2006, vigorando a partir de 28/07/2006).

MULTA AGRAVADA (75%+50%=112,5%)

A autuada também questiona a multa de ofício aplicada em relação ao percentual majorado (112,5%). A multa cabível nos lançamentos de ofício é regulada pelo artigo 44 da Lei 9.430/1996:

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

I-de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II-cento e cinquenta 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

§1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

I -juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

17

(...)

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

a) prestar esclarecimentos;

(...)” (negritei)

O autuante ampara o agravamento do percentual aplicado em função dos constantes atrasos no atendimento às intimações e, em um caso, no fato do atendimento não ter sido realizado.

A recorrente foi intimada e reintimada (Termo de Intimação nº 3 (21/09/2004) e 5 (05/11/2004)– fls. 45 e 46) a informar no prazo de 10(dez) dias a receita auferida com cartão de crédito. O contribuinte ficou silente, tendo sido reintimado 35 dias depois em 05/11/2004. 13 (treze) dias depois, em 18/11/2004 apresenta uma tabela mensal (fl. 47) com as receitas auferidas com cartão de crédito.

Em 15/12/2004, através do Termo e Intimação nº 06 (fl.48), foi intimada a identificar no registro de saídas e no livro razão a escrituração dos valores das receitas de vendas de mercadorias, no ano-calendário de 2003, através de cartões de crédito, indicando as fls. do livro razão onde se encontram as referidas receitas. A recorrente não atendeu essa solicitação e foi imediatamente

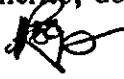
Embora viesse votando diferente de acordo com o entendimento da DRJ, curvo-me em relação a essa matéria à jurisprudência deste Colegiado, em que o agravamento da multa só se justifica quando plenamente caracterizada a recusa no atendimento às solicitações ou ainda quando o atraso ou o não atendimento causa prejuízos à ação fiscal.

Não vejo o enquadramento dessas condições no contexto do presente caso. Embora com atraso, as intimações foram atendidas. Se não o foram satisfatoriamente (a última), o prejuízo recaiu sobre o sujeito passivo que não logrou demonstrar a inexistência da apontada omissão de receitas, o que implicou em tributação imediata, não tendo causado nenhum prejuízo à continuidade dos trabalhos fiscais.

Por essa ótica, descabido o agravamento devendo a multa ser reduzida ao percentual de 75%.

LANÇAMENTOS REFLEXOS

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção das exigências lançadas por via reflexa.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para afastar o agravamento e a qualificação da multa. 

Sala das Sessões - DF, em 12 de março de 2009.


ANTONIO BEZERRA NETO