



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

Processo nº 10166.722339/2010-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-001.357 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de dezembro de 2013
Matéria Omissão de Receitas
Recorrente A & C SELFSERVICE E LANCHONETE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007

ARBITRAMENTO DE LUCROS. ENQUADRAMENTO DE RESTAURANTE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS x VENDA DE MERCADORIAS.

Sendo a atividade preponderante da empresa-autuada a de “distribuição de alimentos e bebidas” (Restaurante), o seu adequado e indubitado enquadramento deve ser como de empresa atuando no comércio varejista de mercadorias, e não como prestadora de serviços da forma como suposto pelas autoridades fiscalizatórias.

Nesses termos, a definição do lucro arbitrado deve ser realizado sobre a base de 9,6% (IRPJ) e 12% (CSLL), e não nos percentuais de 34,8% e 32% da forma como efetivado no lançamento.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. AFASTAMENTO

Tratando-se de mera adequação quantitativa do lançamento, não se há falar em nulidade, da forma como pretendido pela recorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, dado provimento parcial ao recurso.

(Assinado digitalmente)

VALMAR FONSÊCA DE MENEZES - Presidente.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/02/2014 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente em 11/02/2014 por CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER, Assinado digitalmente em 21/10/2014 por VALMAR FONSECA DE MENEZES

Impresso em 23/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Valmar Fonseca De Menezes (Presidente), Gilberto Baptista, Paulo Jakson Da Silva Lucas, Carlos Augusto De Andrade Jenier, Wilson Fernandes Guimaraes, Valmir Sandri, Edwal Casoni De Paula Fernandes Junior.

Relatório

Pela singeleza das informações apresentadas, extraio do relatório da r. decisão recorrida:

Contra a empresa acima identificada foi lavrado Auto de Infração IRPJ – Lucro Arbitrado e seus reflexos, anos-calendários 206 e 2007.

O valor do crédito tributário apurado no processo importa em R\$ 3.943.483,92 (principal + multa de ofício e juros de mora), assim discriminado: IRPJ R\$ 2.302.922,54; PIS R\$ 163.678,77; CSLL – R\$ 721.440,31; Cofins – R\$ 755.442,30.

A contribuinte impugna os autos de infração constantes do presente processo alegando, em síntese, que:

Exige-se uma astronômica soma de tributos, determinados por arbitramento e acompanhados de exorbitantes multas e juros, sob o argumento de que não haveria outros meios de determinar a correta apuração de resultados da empresa;

Inconformada com o lançamento de ofício em pauta, do qual tomou ciência em 18/10/2010, não restou outra alternativa à contribuinte senão interpor a presente impugnação, na qual demonstrar-se-á a improcedência da constituição do crédito tributário, por carecer de elementos fundamentadores da pretensão fazendária;

Ao realizarem o arbitramento de lucros, sem a devida permissão escrita da autoridade competente, os AFRF incorreram em vício de procedimento, que torna nulo o lançamento;

No caso de tributação pelo regime do Lucro Presumido, ou do Lucro Arbitrado, a exigência da Cofins e do PIS sobre ingressos a título de depósitos bancários em suas contas-correntes, com base no art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/1998, deve ser cancelada, pois insubsistente o fundamento legal utilizado, declarado que foi “inconstitucional” pela Suprema Corte. Além disso, foi revogado pela Lei 11.941/2009;

Os percentuais de arbitramento de 38,4% e 32%, IRPJ e CSLL, revelam-se flagrantemente arbitrários, pois a atividade da Impugnante é Comércio, Venda de Mercadorias (restaurante tipo “self-service”, que não constitui “prestação de serviços”, mas fornecimento de pratos de refeição, que são mercadorias sujeitas ao ICMS), cujos percentuais deveriam ter sido fixados em 9,6% (IRPJ) e 12% (CSLL);

Frise-se que é pacífico o entendimento, inclusive no âmbito administrativo, de que, além de o arbitramento ser o último recurso a ser utilizado, deve ser verificado o meio mais benéfico ao contribuinte (art. 112 do CTN: “in dubio pro reo” e qualquer que seja a modalidade escolhida para o arbitramento, será sempre levada a efeito aquela que mais favorecer o contribuinte: art. 6º, parágrafo 6º da Lei 8.021/1990);

Há que se esclarecer, ainda, que ao acolher o critério mais gravoso para a autuada, o lançamento acabou por conter vício de nulidade em razão de capitulação legal

inadequada, vale dizer, se admitido o arbitramento, este deveria ser capitulado corretamente no art. 532 do RIR/99 (viola-se, assim, os princípios da estrita legalidade e da tipicidade fechada);

Pelo já exposto acima, descabe o lançamento de ofício referente ao IRPJ e seus reflexos, daí resulta que inexistente fundamento para a imposição de quaisquer multas de ofício, vez que as aludidas penalidades pecuniárias constituem acessório da exação principal;

Ainda que houvesse infração à legislação tributária, as penalidades aplicadas de 75% ultrapassam todos os limites do bom senso e da moralidade, transformando-se em verdadeiro ato confiscatório (nesse ponto, ateu-se a Fiscalização basicamente aos ditames da Lei 9.430/1996, a qual jamais poderia ter estabelecido tais absurdos percentuais, em face da manifesta inconstitucionalidade, materializada com frontal violação ao princípio do não-confisco);

Inobstante a existência de Súmula Administrativa do CARF, concernente à aplicação dos juros de mora com base na taxa Selic, a impugnante exercendo seu direito de se manifestar contra a referida incidência, sustenta que os juros aplicados na autuação representam uma majoração extorsiva e ilegal do débito (verdadeira aplicação de juros sobre juros – caso genuíno de Anatocismo – em percentuais muito mais elevados do que os permitidos pela ordem constitucional);

Por todo o exposto, roga que os Membros da Turma Julgadora acolham suas razões de defesa para, no exame dos tópicos da defesa, acatar os argumentos apresentados quanto a todos os pontos contestados, reconhecendo a improcedência do lançamento de ofício e a extinção do respectivo crédito tributário, protestando pela produção de todas as provas admitidas em direito.

A partir dessas análises, concluiu a douta 4ª Turma da DRJ/BSB pela IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO, em acórdão cuja ementa é assim apresentada:

Assunto: Imposto de Renda da Pessoa Jurídica

Anos-Calendários: 2006 e 2007

Nulidade – Vício de Procedimento – Preliminar Rejeitada.

Não há que se falar em nulidade do lançamento, por vício de procedimento, quando a constituição do crédito tributário se sustenta em processo instruído com todas as peças indispensáveis e não se vislumbra nos autos que o sujeito passivo tenha sido tolhido no direito que a lei lhe confere para se defender.

Arbitramento do Lucro – Não Apresentação dos Livros e Documentos da Escrituração.

O imposto, devido trimestralmente, no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado, quando o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o Livro Caixa.

Receita Omitida – Base de Cálculo do PIS e da Cofins.

O valor da receita omitida será considerado na determinação da base de cálculo para o lançamento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e da Contribuição para o PIS.

Multa de Ofício e Juros de Mora.

No lançamento de ofício, caso dos autos, aplica-se multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição, incidindo, também, sobre os débitos assim constituídos, juros de mora calculados à taxa Selic.

Fundamento de Inconstitucionalidade – Processo Administrativo Fiscal – Vedação Entendimento da SRF Expresso em Atos Normativos.

É vedado ao órgão de julgamento afastar a aplicação de lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal; bem assim o julgador deve observar o entendimento da SRF expresso em atos normativos.

Impugnação Improcedente***Crédito Tributário Mantido***

Regularmente intimada a contribuinte – Aviso de Recebimento no dia 13/12/2011 -, foi por ela então interposto, em 11/01/2012, o seu correspondente Recurso Voluntário, pretendendo a reforma da decisão de primeira instância, e, por consequência, a completa desconstituição do lançamento efetivado, a partir das então seguintes e específicas razões:

- ***Da atividade desempenhada pela Recorrente:*** trata-se de empresa comercial varejista de produtos alimentícios, e não “prestadora de serviço” da forma como afirmado na decisão recorrida;

- ***Do IRPJ:*** em face do adequado enquadramento das operações por ela realizada, a incidência do IRPJ deveria ser calculado 9%, e não 34,8% da forma como realizado.

- ***Da CSLL:*** a alíquota aplicável deveria ser de 12%, e não 32%, como feito no Auto de Infração.

- ***PIS/COFINS:*** tendo sido reconhecido pelo STF, no julgamento do RE 585.235/MG, a inconstitucionalidade da incidência das referidas *Contribuições Sociais* sobre os ingressos em conta-corrente, e, ainda, por força da revogação perpetrada pelas disposições da lei 11.941/2009, indevida seria a exigência pretendida.

Esse é o relatório. Passo ao meu voto.

Voto

Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER.

Sendo tempestivo o recurso voluntário interposto, dele conheço.

A primeira questão destacada pela recorrente, refere-se ao adequado enquadramento das atividades por ela desenvolvidas e, segundo pretende, a correta identificação da sujeição tributária que a ela deveria ser considerada, uma vez que, tratando-se de empresa comercial varejista do ramo alimentício (“restaurante”) não poderia ser considerada como “prestadora de serviço” da forma como efetivado pela fiscalização.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que, analisando os termos e informações apresentados pelo Termo de Verificação Fiscal – TVF, verifica-se que, na verdade, a razão do

lançamento efetivado foi decorrente da suposta omissão de receitas identificadas nos registros da contribuinte, que, estando submetida – originariamente – à sistemática própria do SIMPLES (ano-calendário 2005), teria promovido movimentações em sua conta-bancária não registradas em sua contabilidade, em valores muito superiores àqueles informados em suas declarações fiscais.

Pelo que se destaca das declarações contidas no próprio TVF, colhidas do depoimento prestado pela proprietária – Sra. Marisa Candido Carmo Ferreira –, verifica-se que, além das operações comumente prestadas pela empresa, realizava ela a “*compra de ticket de funcionários públicos*”, promovendo a entrega em dinheiro com desconto de 10% (dez por cento) dos valores respectivos, e que o lucro dessa atividade não seria então declarada.

A partir dessa consideração, e, ainda, da grande diferença encontrada pela fiscalização entre os montantes dos ingressos realizados na conta-corrente da empresa e os valores declarados ao fisco como receita (0,49% em 2005, 1,13% em 2006 e 2,33 em 2007), foi então, em 13/08/2010, efetivada a exclusão da Contribuinte da sistemática própria do SIMPLES, com efeitos a partir de 01/01/2006, gerando, assim, duas autuações distintas: ano-calendário 2005 – SIMPLES (PAF 10166.722338/2010-67), e anos-calendário 2006 e 2007 – Lucro Arbitrado (PAF 10166.722339/2010-10), que é este.

A recorrente, em suas considerações iniciais, sustenta erro na autuação efetivada, sobretudo porque, desconsiderando o registro próprio de suas atividades no CNAE, foi mencionado na autuação que a atividade desenvolvida seria a de “*serviços na área de bar e restaurantes*”, o que, segundo consta, estaria equivocado, sobretudo por não se verificar, em quaisquer dos itens da lista de serviços da LC 116, objetiva referência à mencionada atividade.

A ponderação apresentada, é relevante destacar, apresenta-se pertinente, sobretudo porque, considerando a atividade da contribuinte como suposta “*prestação de serviços*” e não como efetiva e própria atividade de comercialização de produtos alimentícios, tais considerações importam, indubitavelmente, em efetiva e verdadeira majoração da obrigação tributária, o que, com toda a certeza, não se pode aqui, portanto, de forma alguma admitir.

A respeito dessa específica análise, assim sumariamente se manifestou a r. decisão de primeira instância:

O arbitramento dos lucros é medida extrema sim, por isso foi tomado no presente caso, pois apesar das reiteradas intimações à fiscalizada esta não apresentou os livros e documentação solicitada. Em relação à parte apresentada, o procedimento fiscal mostra que não reúne as condições necessárias para sustentar apuração pelo lucro real ou presumido, mormente pela falta de contabilização da movimentação bancária o que, por si só, já a torna imprestável, nos termos da legislação de regência (Ac 10709.513, em 15.10.2008 – 1º Conselho de Contribuintes/7ª Câmara).

A alíquota aplicável é 34,8% porque a atividade exercida pela contribuinte é prestação de serviço na área de bar e restaurante, visto que serve refeições e bebidas.

O argumento de que se aplica a situação mais favorável ao contribuinte, não prevalece no caso, tendo em vista que não há dúvida quanto à matéria de fato e à legislação aplicável.

Entretanto, em que pese as considerações apresentadas, é relevante destacar que, de forma diversa da que apresentada pela decisão recorrida, indubitosa se verifica, de fato, que a efetiva atividade da contribuinte é a atuação como empresa comercial-varejista de alimentos e bebidas, o que, com todas as mais respeitadas vênias, efetivamente não se enquadram no conceito de “Prestação de Serviços”, da forma como então sugerido e aplicado pelos agentes da fiscalização.

Essas considerações aqui se fazem relevantes, sobretudo porque, ao considerar como “*Prestação de Serviços*” as atividades preponderantes da contribuinte, determinou-se, então, a aplicação das alíquotas a ela correspondente, sendo 34,8% e 32% (IRPJ e CSLL, respectivamente), e não os de 9,6% e 12% (idem) que, por outra via, seria então a especificamente devida.

Ora, com todas as vênias, considerar a atividade de um restaurante como sendo “*prestação de serviços de distribuição de alimentos e bebidas*” definitivamente importa em efetiva e inválida majoração da carga tributária devida, sobretudo porque, indubitavelmente, afirma-se que tais atividades encontram-se sob a específica hipótese de incidência do ICMS (Estadual) e não, nem nunca, do ISSQN (Municipal), o que claramente demonstra, no caso, a impossibilidade de consideração das atividades da empresa sob aquele específico regramento apontado pelo lançamento efetivado.

Em face dessas considerações, entendo, *ab initio*, completamente inadmissível o enquadramento determinado pela fiscalização, e, como aqui se vê, admitido pela r. decisão de origem, sendo certo e completamente indubitoso que a atividade desempenhada pela contribuinte não é a de “prestação de serviços”, mas sim, de forma diversa – conforme aponta a recorrente –, efetiva e verdadeira atividade de comercialização (compra e venda – circulação), demonstrando-se, assim, a efetiva inadequação do lançamento da forma como então efetivado.

Diante desses fundamentos, entendo, no presente caso, assistir razão à recorrente, razão porque encaminho o meu voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário interposto, reconhecendo, aqui, a necessidade de adequação do lançamento aos limites estabelecidos, limitando-se a base tributável nos percentuais estabelecidos pela respectiva legislação de regência à caracterização de sua atividade preponderante que é, no caso, a de *comercialização de mercadorias*, e não de *prestação de serviços*, nos termos aqui então especificamente apresentados.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE JENIER - Relator

Processo nº 10166.722339/2010-10
Acórdão n.º **1301-001.357**

S1-C3T1
Fl. 5

CÓPIA