



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

Processo nº 10215.720286/2008-47
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1102-000.179 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 8 de agosto de 2013
Assunto IRPJ. ARBITRAMENTO.
Recorrente E FRANCELINO VIANA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araújo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto, e Antonio Carlos Guidoni Filho.

Relatório

Trata-se de recursos de ofício e voluntário interpostos por E FRANCELINO VIANA ME e pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ/Belém contra acórdão de sua própria lavra, por meio do qual foi dado parcial provimento à impugnação apresentada.

O acórdão recorrido, de nº 01-24.746, possui a seguinte ementa:

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

Ano-calendário: 2004, 2005

EMENTA

ARBITRAMENTO

Havemos de buscar na lei os parâmetros para a aferição do tributo a ser cobrado no caso de arbitramento”

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, fls. 983-1004, o lançamento de ofício encontra-se amparado em arbitramento dos lucros relativos aos anos de 2004 e 2005, efetuado a partir da receita bruta conhecida, apurada no curso do procedimento fiscal.

Deve-se registrar que, em virtude de o contribuinte ter excedido os limites da receita bruta para permanecer na sistemática do Simples, a fiscalização elaborou representação para exclusão da empresa deste regime, tendo o Delegado da Receita Federal do Brasil em Santarém/PA expedido o Ato Declaratório Executivo nº 12, de 07 de novembro de 2008, determinando a sua exclusão com efeitos retroativos a partir de 15/01/2004, data de início de suas atividades, conforme consta no processo nº 10215.720261/2008-43, apenso ao presente.

Ato contínuo, a fiscalização intimou o contribuinte a apresentar os seus livros Diário, Razão e LALUR, referentes a 2004 e 2005. A falta de sua apresentação motivou o arbitramento dos lucros da empresa.

As infrações imputadas à recorrente foram três, conforme a segregação feita quanto à forma pela qual foram apuradas as suas receitas, a saber:

- a) Receita declarada em DIPJ;
- b) Receita apurada com base nas 251 Notas Fiscais obtidas com terceiros;
- c) Receita Arbitrada.

Com relação às receitas declaradas, trata-se, no caso, dos valores de receita informados em novas Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ apresentadas, sob a modalidade do lucro arbitrado, quando, segundo o fisco, já se encontrava o contribuinte sob ação fiscal, sendo de se registrar que, originalmente e na época

própria, o contribuinte apresentara Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica, com apuração pelo regime do Simples, para os mesmos anos em questão.

Com relação ao item 'b' acima, trata-se das receitas apuradas com base nas informações coletadas pela fiscalização junto a terceiros, que foram intimados no curso do procedimento fiscal, tendo eles apresentado cópias de notas fiscais emitidas pela recorrente e de comprovantes de pagamento pelas compras efetuadas, sendo 201 notas relativas a 2004 e 50 notas relativas a 2005.

E, com relação à receita arbitrada, trata-se da receita apurada pelo fisco a partir da consideração de um valor médio das notas fiscais às quais a fiscalização obteve acesso, projetado sobre a quantidade de notas fiscais consideradas emitidas em 2004 e 2005 às quais a fiscalização não obteve acesso (outras 778 notas fiscais, sendo 452 em 2004, e 326 em 2005). Os critérios utilizados pela fiscalização para considerar ser esta a quantidade de notas fiscais emitidas em cada ano, e para apurar o valor médio das notas fiscais, encontra-se descrito em minúcias no Termo de Verificação Fiscal, que, neste mister, invoca o art. 148 do CTN como norma autorizadora do procedimento levado a efeito.

Por considerar presente o intuito doloso de fraudar a administração tributária, foi imputada à infração relativa às notas fiscais obtidas junto a terceiros (que corresponde, nos autos de infração lavrados, à infração 001), a multa qualificada, e agravada ainda por ter o contribuinte deixado de atender às intimações fiscais, sem ter apresentado motivo que justificasse o seu não atendimento (ou seja, multa de 225%).

Com relação às outras duas infrações, conquanto tenha a fiscalização registrado no Termo de Verificação Fiscal que as estaria submetendo à aplicação da multa agravada (de 112,5%), em virtude da falta injustificada de atendimento às intimações fiscais, o fato é que, nos autos de infração lavrados, a multa que restou afinal aplicada foi tão somente a de 75%.

Em virtude dos fatos descritos no Termo de Verificação Fiscal, foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária contra os Srs. ERIVALDO FRANCELINO VIANA e CHESTER GOMES PEDRO.

Devidamente cientificados o contribuinte e os sujeitos passivos nomeados responsáveis tributários, apresentaram impugnação o contribuinte e o Sr. CHESTER GOMES PEDRO.

O Sr. Chester contesta a sua imputação como responsável tributário, esclarecendo que apenas vendeu madeira bruta à empresa fiscalizada, e que esta não lhe pagou, alegando que estava aguardando o pagamento das empresas citadas no termo de verificação, sendo que então propôs à fiscalizada que ele, Chester, recebesse os valores diretamente dos clientes da fiscalizada.

Deste modo, resta descaracterizada a alegação fiscal de que haveria entre ele e a fiscalizada uma ligação muito estreita, em razão daqueles pagamentos. Esclarece ainda que os valores que recebeu foram declarados em sua Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física e que já responde a processo por esse motivo, e que, inclusive, foi representado pelo crime contra a ordem tributária, ocasionando litispendência, pelo que não poderia responder novamente a processo criminal pelo mesmo fato e valor.

Aduz sua ilegitimidade passiva, uma vez que não exerceu qualquer atividade pessoal junto à empresa fiscalizada, e que não possui interesse comum em sua administração e resultado. Contesta ainda todas as multas aplicadas, em especial a qualificada, por falta de prova do evidente intuito de fraude, uma vez que apenas agiu com interesse de receber o que lhe era devido.

Diante do exposto, requer: (i) que seja requisitado o processo administrativo a que responde o impugnante, para comprovar que responde pelos mesmos valores e por crime tributário, não podendo responder duas vezes pelos mesmos fatos; (ii) que seja o impugnante excluído da sujeição passiva, por não possui poder de mando junto à empresa fiscalizada; e (iii) que seja provida a impugnação, para declarar a improcedência e a desconstituição da sujeição passiva atribuída ao impugnante.

O contribuinte, por sua vez, ao impugnar o feito, aduziu, em síntese, o seguinte:

Segundo o auditor fiscal, várias intimações foram enviadas, porém as encaminhadas ao escritório do procurador foram todas respondidas.

Segundo o auditor fiscal, o termo de início de fiscalização foi enviado pelo correio e devolvido, portanto, não é verdade que a fiscalização tenha iniciado no dia 24/07/2008, já que a impugnante, em face da devolução, não tomou conhecimento.

Na verdade, após tomar conhecimento, pelo contribuinte Chester Gomes Pedro, de que o auditor fiscal estava requerendo informação da impugnante, de imediato, contratou um profissional para saber o que estava acontecendo.

No dia 25/08/2008, por intermédio de seu procurador, apresentou pedido de informação direcionado ao Delegado da repartição, e em caráter de urgência, contendo três itens, como consta no termo de verificação fiscal declarado pelo auditor fiscal, para saber a situação fiscal da impugnante junto ao órgão. Até a presente da data, não recebeu resposta.

O auditor fiscal, para justificar a omissão do Delegado, respondeu às perguntas da impugnante com vícios, uma vez que o pedido de informação foi direcionado ao Delegado Fiscal e não ao auditor fiscal. Além disto, as respostas foram dadas em um termo de intimação, quando deveriam ter sido por meio de comunicação específica.

O auditor fiscal sem legitimidade infirmou no termo de verificação fiscal, que as Declarações não surtiram efeitos, mas ele não é autoridade competente para decidir.

Nesse sentido, o procedimento *“está vicioso e merece prosperar as Declarações de Imposto de Renda, pois a opção foi por arbitramento, mesmo antes ou depois de ter iniciado a ação fiscal, não poderia a impugnante apresentar depois de formalizado o auto de infração.”*

Embora a impugnante tenha apresentado suas Declarações pelo lucro arbitrado, não poderia ser retificadora, uma vez que essa opção é a extrema.

A impugnante e seu titular não receberam os termos de intimação e início de fiscalização. Quando os termos passaram a ser enviados ao procurador da impugnante, o auditor fiscal recebeu todas as respostas, isso já demonstra a boa fé da impugnante, que não possui motivo para se esconder, tanto é que apresentou suas Declarações de Imposto de Renda.

A impugnante apresentou as Declarações pelo Lucro Arbitrado, que substitui qualquer outra opção, e mesmo assim, o auditor fiscal insiste em retificadora.

Se existe a impugnação contestando a exclusão do Simples com efeitos retroativos em procedimento autônomo, não pode o auditor fiscal incluir no auto de infração os valores antes do julgamento, deve ele esperar o resultado da última instância.

A exclusão com efeito retroativo fere o direito adquirido. Se a autoridade administrativa permitiu que a empresa operasse todo o ano de 2004 no Simples, está configurada uma situação de fato, que não importa em ilícito. Além disto, desestrutura a contabilidade da impugnante e abocanha parte do seu patrimônio, caracterizando confisco.

Não obstante o protesto pela punição ao capital produtivo, a impetrante rende-se, tal qual no recurso administrativo interposto, parcialmente ao ato declaratório de exclusão. A impetrante aceita ser excluída, uma vez que continuou a operar no SIMPLES por desconhecimento da hipótese de exclusão prevista no art. 15, II, da Lei de incentivo. A irrisignação persiste apenas no tocante ao efeito retroativo da exclusão.

O auditor fiscal não demonstrou com prova cabal o vínculo do senhor Chester Gomes Pedro com a impugnante. A Impugnante comprou madeira do senhor Chester e vendeu a terceiros e não pagou ao referido senhor. Ao ser procurado por ele, alegando que entraria na Justiça com ação de cobrança, a impugnante resolveu autorizar as empresas a pagar diretamente ao senhor Chester, essa é a verdade dos fatos.

A impugnante só deixou de apresentar a documentação necessária por absoluta impossibilidade, devido ao fato de o contador não ter sido localizado na região, pois, segundo informações, estaria domiciliado em outro Estado.

A impugnante não pode ser responsabilizada pelo erro do contador, que elaborou uma Declaração de Imposto de Renda zerada, e não foi intimado pelo auditor fiscal a respeito.

Não pode o auditor presumir que todas as notas fiscais foram emitidas, deveria ele ter consultado a Secretaria da Fazenda do Estado do Pará, para saber se houve incineração de notas fiscais, se existem notas fiscais não emitidas, canceladas, ou devolvidas. Nenhuma providência foi tomada pelo auditor fiscal, que baseou suas conclusões em meras suposições.

Não pode haver crime contra a ordem tributária devido à espontaneidade da impugnante quando apresentou Pedido de Informação no dia 25.08.2008, antes do procedimento de fiscalização, para saber sua situação, e até a presente data não recebeu resposta.

A multa de 225% não pode prosperar, uma vez que a impugnante, ao apresentar o Pedido de Informação em 25.08.2008, demonstrou claramente que desejava agir de boa fé, e foi impedida pelo Delegado da Receita Federal, que não lhe respondeu. Além disso, o ônus de comprovar a existência de dolo no negócio considerado irregular é do fisco, e o auditor fiscal não provou que a impugnante possuía estoque para vender mercadoria no montante dos depósitos. E essa multa possui caráter confiscatório e fere o princípio da razoabilidade.

O juízo de tipicidade da infração tributária não se resume na mera constatação de depósito bancário, é importante que o auditor fiscal investigue cada depósito antes de afirmar que é receita consumida.

No presente caso, não existe a tipificação dolosa, e sim a mera ocorrência de declaração inexata.

A impugnante não pode aceitar as multas de 75%, 150%, e 225%, pois não agiu com dolo. Não há possibilidade de incidência de duas multas, ou seja, uma de 150% e outra de 75%, pelo princípio da tipicidade cerrada e da interpretação mais favorável ao acusado.

Como a fiscalização foi feita com base exclusivamente em depósitos bancários, e não por escrita imprestável, não pode ser aplicado o arbitramento do lucro.

Ao fim, requer: (i) que sejam analisados os requerimentos protocolados em 25.08.2008 e 29.08.2008; (ii) que sejam analisadas as respostas acostadas nos autos; (iii) que seja requisitado o processo administrativo do senhor Chester Gomes Pedro, a fim de comprovar que os valores que estão sendo questionados no presente processo são objeto também do processo a que ele responde; (iv) que seja excluído o senhor Chester Gomes Pedro da sujeição passiva, por não possuir poder de mando junto à impugnante; (v) que seja excluído por litispendência o contribuinte Chester Gomes Pedro do crime contra a ordem tributaria e da sujeição passiva; e (vi) que seja conhecida e provida a impugnação, para declarar a improcedência do lançamento.

A turma julgadora *a quo* afastou qualquer alegação de cerceamento do direito de defesa, e observou que todas as fases processuais foram cumpridas, e que os autos de infração possuem todos os requisitos prescritos no art. 10 do Decreto 70.235/72. No mérito, considerou aplicável a tributação pelo lucro arbitrado, contudo, refutou o método utilizado pela fiscalização para arbitrar a receita não conhecida a partir da média dos valores encontrados para as vendas conhecidas, cancelando o lançamento nesta parte.

Assinalou estar comprovado o intuito doloso do Sr. ERIVALDO FRANCELINO VIANA em fraudar o fisco, pelo que manteve a sua imputação como sujeito passivo solidário, bem como a multa qualificada aplicada. Contudo, afastou a exasperação da multa em 50%, por entender ter havido diligência por parte do sujeito passivo em atender às intimações fiscais.

E, com relação ao Sr. CHESTER GOMES PEDRO, afastou a sua imputação como responsável tributário solidário, ao fundamento de que, no bojo do processo administrativo 10215.720198/2008-45, este contribuinte foi autuado com base em receita correspondente ao recebimento dos mesmos valores aqui analisados, os quais seriam oriundos de operações comerciais acobertadas por notas fiscais emitidas pela empresa do Sr. ERIVALDO FRANCELINO VIANA, tendo a autuação sido mantida pela mesma DRJ/Belém, e sendo que, naquela oportunidade, a fiscalização considerou como verdadeira a afirmativa do então fiscalizado (CHESTER GOMES PEDRO) de que os valores depositados em sua conta corrente corresponderiam a comissões auferidas na intermediação de venda de madeira, e autuou a receita de comissões omitida.

Em face de o provimento parcial ter exonerado o sujeito passivo de valor superior ao limite de alçada, a DRJ recorre de ofício a este Colegiado.

O aviso de recebimento endereçado ao contribuinte retornou sem recebimento atestado.

Em despacho datado de 17.10.2012 (e-fls 1155), informou a autoridade preparadora que a intimação do resultado do julgamento fora reencaminhada ao responsável pela empresa no CNPJ, e que estaria aguardando o aviso de recebimento.

Em 28.11.2012, conforme carimbo apostado pela DRF/Santarém no documento, foi recepcionado o recurso voluntário do contribuinte contra o acórdão nº 01-24.746, no qual aduz, em síntese, o seguinte:

O auditor fiscal não poderia ter arbitrado o lucro, uma vez que a base para o arbitramento foi DEPÓSITOS BANCÁRIOS e não a escrita fiscal e contábil, até porque a Recorrente está enquadrada no Simples Nacional, dispensada de escrituração contábil.

O auditor fiscal presumiu que os valores foram receitas produzidas e consumidas.

Deve ser reformada a parte mantida da decisão, visto que não existe obrigação tributária, uma vez que os valores depositados pertencem às empresas responsáveis pelos depósitos, já que a Recorrente comprava madeira na região e despachava, auferindo vantagem como intermediária em comissão.

As empresas exigiam da Recorrente a emissão de Notas Fiscais como venda, já que não possuíam filiais na região e não tinham como adquirir diretamente as toras do produtor.

As exceções derogatórias à prevalência do postulado da inviolabilidade do sigilo bancário só podem emanar dos órgãos do Poder Judiciário.

Não é verdade a afirmação fiscal de que as empresas citadas teriam comprado os produtos da recorrente. Na verdade, elas depositaram os valores para a recorrente adquirir os produtos e despachar. As notas fiscais deveriam ter sido emitidas como remessas, porém, houve erro na emissão, quando destacou-se a natureza da operação como venda. A recorrente auferiu vantagem como intermediária (rendimentos de comissão).

Para comprovar, basta confrontar as datas das remessas (depósitos) com as emissões das Notas Fiscais, ou seja, as Notas Fiscais foram emitidas com datas posteriores aos depósitos, e não antes deles. A recorrente não possuía capital de giro para comprar, e sugeriu que as empresas efetuassem os depósitos para comprar os produtos e despachar para empresas abaixo identificadas responsáveis pelos depósitos.

Descabe falar em crime contra a ordem tributária quando não resta comprovado o dolo específico da recorrente.

A recorrente não possui patrimônio adquirido com os valores depositados.

Se houve fraude, a responsabilidade não é da recorrente, e sim do contador que orientou que não deveria escriturar por não representar receita consumida.

Se prevalecer o crime contra a ordem tributária, deve refletir nas empresas abaixo, as verdadeiras responsáveis pelos depósitos bancários e que não foram fiscalizadas (Vimex Vitória Exportação de Madeira Ltda, Exportadora Peracchi Ltda, Pampa Exportações Ltda, ABM Exportação e Serviços Ltda, e Cikel Brasil Verde Madeiras Ltda).

Ainda que a lei possa ser constitucional “in abstrato”, e que se acate a constitucionalidade material do art. 42 da Lei nº 9.430/1996, pode haver inconstitucionalidade “in concreto”, quando o agente lançador insistir na interpretação literal da norma, aplicá-la de forma desproporcional ao caso concreto, ou ainda, dela se valer para simplesmente facilitar seu trabalho.

Por todo o exposto, requer que seja julgado improcedente o auto de infração na parte mantida, e que seja desclassificado o crime contra a ordem tributária.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

Na ausência de comprovação da data em que a recorrente tomou ciência da decisão recorrida, tomo o recurso por tempestivo. E, tendo o recurso sido interposto por representante da recorrente, devidamente constituído por meio de procuração outorgada, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, o arbitramento foi o meio adotado de ofício pela fiscalização para a determinação do lucro. O arbitramento em questão decorreu da falta de apresentação dos livros necessários à apuração pelo lucro real, tendo em vista que a empresa fora excluída, também de ofício, do Simples.

A contestação à exclusão do Simples, promovida pelo Ato Declaratório Executivo nº 12, de 07 de novembro de 2008, com efeitos retroativos a partir de 15/01/2004, data de início das atividades da empresa, integra o processo administrativo nº 10215.720261/2008-43.

Deste modo, a princípio, qualquer decisão que viesse a ser proferida no presente processo deveria ter por pressuposto o que venha a ser decidido no âmbito daquele processo.

No caso concreto, contudo, a interdependência entre os processos opera nos dois sentidos, pois o motivo da exclusão da empresa do Simples foi a apuração de receita bruta em montante superior ao limite para a permanência neste regime no próprio ano de início das atividades da empresa (2004), sendo que os elementos de prova deste alegado excesso encontram-se no processo ora em julgamento. Portanto, há que se decidir primeiro se houve ou não o excesso de receita, para somente a seguir decidir-se pela procedência ou não da exclusão do Simples, e então retornar à análise do presente processo quanto à correção ou não do arbitramento levado a efeito.

Essas questões podem facilmente ser resolvidas com o julgamento em conjunto dos processos em uma mesma sessão, o que pode ser feito, no caso, tendo em vista que o processo nº 10215.720261/2008-43 encontra-se apenso ao presente.

Contudo, há uma irregularidade processual que impede que o julgamento seja realizado neste momento.

Compulsando os autos do processo nº 10215.720261/2008-43, verifico que a empresa apresentou impugnação aduzindo, em síntese, a inconstitucionalidade do Ato Declaratório, o cerceamento do seu direito de defesa (uma vez que punida antecipadamente, posto que excluída do Simples antes mesmo de concluída a fiscalização), a ofensa a diversas garantias constitucionais e ao Código Tributário Nacional, e a impossibilidade da aplicação de efeitos retroativos ao Ato Declaratório. Requereu, na ocasião, que fossem suspensos os efeitos retroativos do Ato Declaratório nº 12, e que se abstivesse o fisco de praticar sanções administrativas (auto de infração), até a decisão final do processo em que se discute a sua exclusão do Simples.

O último ato que integra o processo nº 10215.720261/2008-43, aqui apenso, é a decisão prolatada pela 2ª Turma de Julgamento da DRJ/Belém (Acórdão 1º 01-24.780, de 25 de abril de 2012), mantendo a exclusão da empresa nos moldes em que efetuada. Não há registro nem de que tenha sido dada ciência desta decisão à recorrente, muito menos consta dos autos do referido processo eventual recurso interposto pela interessada.

Nessas condições, impossível prosseguir no julgamento do presente feito, em que a recorrente principia sua peça recursal pela observação de ser uma empresa enquadrada no Simples Federal e dispensada de escrituração contábil.

Pelo exposto, voto por converter o julgamento em diligência, para fins de saneamento processual referente ao processo aqui apenso, determinando que a autoridade preparadora cientifique a recorrente da decisão ali proferida, facultando-lhe a interposição do recurso voluntário no prazo legal.

Após concluídas todas as providências devidas, encontrando-se o processo nº 10215.720261/2008-43 devidamente saneado, retornem os autos a esta Turma para o competente julgamento.

É como voto.

Documento assinado digitalmente.

João Otávio Oppermann Thomé - Relator