



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SÉTIMA TURMA ESPECIAL**

Processo nº 11070.000532/2007-14
Recurso nº 161.895 Voluntário
Matéria IRPJ OUTROS - Ex.: 2002
Acórdão nº 197-000140
Sessão de 02 de fevereiro de 2009
Recorrente J.B.DE ALMEIDA FILHO
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-SANTA MARIA/RS

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2001

Ementa:

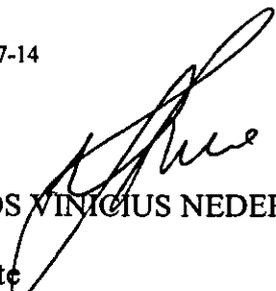
OMISSÃO DE RECEITAS – PRESUNÇÃO LEGAL E SIMPLES – Constatada a omissão de receitas, por depósitos bancários de origem não comprovada e notas fiscais não escrituradas, concreto está aplicar a presunção legal que autoriza a tributação da receita omitida. Havendo declaração de receitas à autoridade municipal, não tributadas na esfera federal, provada está a ocorrência do fato gerador.

MULTA QUALIFICADA – EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE – A declaração de inatividade, quando a empresa é ativa, e a constatação de notas fiscais calçadas são provas do evidente intuito de fraude e justificam a manutenção da multa qualificada.

ARBITRAMENTO DE LUCRO – Quando a escrita contábil não é apresentada pelo contribuinte, correta está a autoridade em arbitrar o lucro sobre as receitas omitidas da tributação federal.

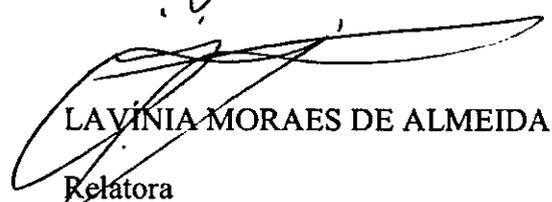
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por, J.B.DE ALMEIDA FILHO.

ACORDAM os Membros da Sétima Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MARCOS VINÍCIUS NEDER DE LIMA

Presidente



LAVÍNIA MORAES DE ALMEIDA NOGUEIRA JUNQUEIRA

Relatora

Formalizado em: 28 MAI 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Leonardo Lobo de Almeida e Selene Ferreira de Moraes.

Relatório

A contribuinte fora excluída do simples por Ato Declaratório Executivo DRF/SÃO nº25/06 (fl. 14), de 16/10/2001, com vigência a partir de 01/07/2001, cuja ciência foi dada ao contribuinte em 18/12/2006. A fundamentação da exclusão foi o exercício de atividade econômica vedada no regime SIMPLES, qual seja, às fls. 14 e 22, atividade de construção de estações e redes de telefonia de comunicação externas (canalização) e serviços de limpeza de caixas de água.

Foram abertos Mandado de Procedimento Fiscal (fls.01 a 03) e mandado extensivo (fl. 36), a fim de verificar o cumprimento das obrigações tributárias do período de 06/2001 a 08/2006. Nesse procedimento, verificou-se a imprestabilidade dos registros contábeis da pessoa jurídica, pelo seguinte.

- (1) A autoridade verificou efetivamente que a contribuinte não possuía Livro Caixa, Razão ou Diário, pois disse que haviam sido extraviados, em não possuía Registro de Entradas e Saídas em relação ao período fiscalizado, tendo a contribuinte apresentado o Livro Registro do ISSQN.
- (2) No Livro de Registro de ISSQN, verificou-se a existência de receitas não declaradas ao fisco federal e portanto não tributadas nessa esfera. No livro de ISSQN, existem alguns registros de movimento no ano-calendário de 2002, ano para o qual a contribuinte apresentou declaração de inatividade.
- (3) A contribuinte declarou que alguns talões de notas fiscais foram roubados, apresentando boletim de ocorrência. A autoridade fiscal levantou Notas Fiscais (NFs) de prestação de serviço e comprovantes de pagamento fornecidos pela empresa ETE Engenharia de telecomunicações S/A (fls. 37 e 38), no período de 06/2001 a 12/2001, receitas não declaradas pela contribuinte.



- (4) Das Notas Fiscais de prestação de serviços relacionadas à fl. 210, parte se referiam à numeração de talonários informados como roubados pela recorrida e parte das NFs foram escrituradas no Livro Registro do ISSQN pela via fixa no talonário, cujo valor é diferente da 1ª via das Notas (“Nota Fiscal Calçada”), o que pode ser verificado confrontando as cópias das NFs fixadas no talonário e registradas no mencionado Livro (fls. 105 a 132) e as NFs emitidas pela prestação de serviços para a empresa ETE (fls. 42 a 104).
- (5) Em relação à movimentação financeira do ano-calendário de 2002, entregue pela contribuinte (fls. 148 a 171) verificou-se que se refere quase em sua totalidade a depósitos efetuados pela empresa ETE (extratos fls. 198 a 205), sendo devidamente comprovada a sua origem, considerando que as receitas foram tributadas pelas NFs de prestação de serviços, valores constantes das NFs emitidas em 2002.
- (6) Quanto a outros depósitos, a contribuinte não logrou comprovar sua origem, razão pela qual foram presumidos como receita da contribuinte. A contribuinte alega referirem-se a cheques de terceiros, para os quais havia emprestado cheques em momento anterior. A autoridade entendeu que as cópias de cheques emitidos (fls. 173 a 190) pela própria empresa não comprovam a vinculação dos depósitos efetuados na conta corrente e os depositantes.
- (7) Constatou-se que a empresa declarou situação de inatividade para o ano-calendário de 2002, quando os documentos demonstram que a mesma se encontrava em atividade e auferia receitas de vendas e de prestação de serviço (fls. 15 a 21).

A fiscalização resultou em posterior auto de infração de 20/04/2007 (auto e Termo de Verificação Fiscal às fls. 208 e seguintes), acerca do ano-calendário de 2002. Foram lavrados os autos de infração (fls. 215 a 252), separadamente para o IRPJ, CSLL PIS/PASEP e COFINS. Dada a imprestabilidade dos registros contábeis da contribuinte, a metodologia adotada para lançamento foi o lucro arbitrado. Foi aplicada multa de 150%, tendo a autoridade fiscal entendido que a contribuinte teria sonegado tributo. Foi pensada aos autos Representação Fiscal para fins Penais (Processo nº 11070.000533/2007-69).

Devidamente intimada, a interessada apresentou, tempestivamente, Impugnações às fls. 254 a 321, sendo que as Impugnações foram feitas conforme o lançamento de fiscal: (i) IRPJ das fls. 254 a 270; (ii) CSLL das fls. 271 a 287; (iii) COFINS das fls. 288 a 304 e (iv) PIS/PASEP das fls. 205 a 321. Abaixo resumo as alegações da Recorrente referente às quatro autuações.

a) Ilegalidade de sua exclusão do SIMPLES.



3

Aduz que, apesar de sua exclusão ter ocorrido em 08/12/2006, o Ato Declaratório Executivo DRF/SÃO nº. 25 retroagiu seus efeitos a partir de julho de 2001.

Alega que referido Ato teria violado a Constituição Federal que prevê o princípio da irretroatividade das leis e dos atos administrativos como direito fundamental bem como a própria lei nº. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação da norma administrativa, sendo vedada a aplicação retroativa de nova interpretação.

Além disso, alega que os motivos da exclusão não guardam relação de legalidade com o ato de sua exclusão do SIMPLES. Isso porque o fato de esporádica e ocasionalmente fazer serviços de limpeza, não poderia constituir motivo de exclusão do SIMPLES. Diz que o segundo motivo para sua exclusão (prática de reiteradas infrações à legislação tributária) não pode ser considerado fundamento, mas apenas pretexto para sua exclusão, haja vista que as irregularidades verificadas foram apenas constatadas no primeiro procedimento fiscalizatório e por esse motivo não pode ser considerado contumaz "cometedor de infrações tributárias".

Alega ainda que em Ato Declaratório Interpretativo SRF nº. 33, de 22 de dezembro de 2004, sua atividade secundária deixou de ser óbice à forma de tributação pela sistemática do SIMPLES e que por esse motivo não teria óbice a forma de tributação pelo SIMPLES.

b) Alega a inexistência de fatos geradores.

Em relação aos valores informados: alega que nos autos não há notícia de que as notas que foram informadas pela ETE tenham sido verdadeiramente pagas à Impugnante e que seria lógico concluir pela documentação acostada aos autos que não houve o integral pagamento das notas fiscais juntadas. Além disso, que os poucos pagamentos feitos são de valor insignificante. Sendo assim, aduz que a incidência tributária teria ocorrido por mera convicção pessoal da Autoridade Fiscal, sem qualquer respaldo legal.

Sobre os depósitos bancários constantes dos extratos: aduz que a movimentação bancária não tem o condão de significar, com unicidade, a receita omitida e que não houve nenhuma prova nos autos para que pudesse haver a lavratura do auto de infração.

Pelos valores escriturados no livro do ISSQN: alega que o Relatório de Constatação Fiscal não reflete a realidade dos livros escriturados e que isso até pode ter acontecido, em tese, já que os talonários foram roubados da caminhonete da Impugnante, conforme noticiado e comprovado nos autos, motivo que pode ter gerado os desacertos.

Representação penal: a inexistência de escrituração adequada e/ou falta de registro das operações realizadas, quando a fiscalização encontrou outro meio de supri-los, não pode ensejar a representação penal. Não há clareza para a representação penal, já que é necessário que o Fiscal enquadre o fato à lei e não foi isso o que ocorreu.

c) Não há evidente intuito de fraude a justificar a multa penalizante de 150%: não restou declinado o motivo do suposto crime doloso, já que a representação limita-se a informação genérica e não perfaz o mandamento legal. Alega que os Auditores Fiscais teriam cometido desacertos, equívocos e ilegalidades, tanto na imposição da penalidade qualificada de

 4

multa de 150% quanto na Representação Fiscal para fins penais. A Impugnante não teria sido condenada pela prática de ato doloso quando da lavratura do Auto de Infração. Alega a inconstitucionalidade da multa de 150% por se tratar de confisco.

Conclui a contribuinte que o procedimento fiscal não seguiu a regra determinada pela Lei. Requer a suspensão do crédito tributário, nos termos do artigo 151, III, do CTN. Na eventualidade de insuficiência comprobatória constante dos autos administrativos, requer que sejam observados os direitos da Impugnante com a juntada de documentos e produção de provas. Requer o julgamento procedente de sua impugnação.

A 2ª Turma de Julgamento, na sessão de 31 de maio de 2007, (fls. 324 a 347), por unanimidade de votos, conheceu da Impugnação, porém julgou procedente o lançamento efetuado (acórdão nº. 18-7.066), consubstanciando sua decisão nos seguintes motivos.

d) Preliminares – Inconstitucionalidade: as questões relacionadas aos princípios constitucionais não podem ser analisadas pelo julgador da esfera administrativa.

e) Da opção pelo Simples – Apreciação posterior: é obrigação da Secretaria da Receita Federal a aceitação inicial do cadastramento das empresas optantes, sob a condição de ulterior verificação da subsunção das atividades e demais condições próprias da pessoa jurídica optante às normas que regulam o SIMPLES. Se, posteriormente, for verificado que o contribuinte não preenche os requisitos legais de ingresso ou permanência no sistema ou ainda se enquadra em qualquer das hipóteses de exclusão de ofício, previstas em lei, a autoridade competente, por meio de ato declaratório executivo, procederá a sua exclusão. Sendo assim, ao contrário do entendimento do contribuinte, não há e nem poderia haver a pretendida homologação da opção da interessada pelo SIMPLES.

f) Da prática reiterada de infrações - na Representação Fiscal (fl. 01), consta que a fiscalização verificou a ocorrência de “omissão de receita”, no período de 06/2001 a 12/2001, apurada com base nas notas fiscais de prestação de serviços obtidas junto à empresa ETE Engenharia e Telecomunicações S.A. Também verificou que a empresa J. B. de Almeida Filho, ora Recorrente, declarou situação de inatividade para o ano-calendário de 2002 quando os documentos demonstram que a mesma se encontrava em atividade e auferia receitas de vendas e de prestação de serviços. A autoridade fiscal entendeu que estas situações se caracterizam como prática reiterada de infração a legislação tributária. Assim, entendeu a autoridade fiscal que a omissão de receita apurada em cada um dos meses de junho a dezembro de 2001 representa prática reiterada de infração à legislação tributária.

g) Quanto ao Mérito – IRPJ – Lucro Arbitrado - A Recorrente traz novamente à discussão os motivos indicados para sua exclusão do SIMPLES. Trata-se de matéria já examinada. Desnecessário repisar aqueles fundamentos, assim como as questões de inconstitucionalidade, ilegalidade, contraditório e ampla defesa.

h) Da Receita Tributável - A Recorrente sustenta que foi considerado como receita o valor total das notas fiscais acostadas aos autos mas que apenas parte dessas notas se refere a serviços prestados (receitas) enquanto que outra parte não seria receita e sim material empregado, que seria ressarcido à Recorrente. Os argumentos não prosperam. A empresa emitia notas fiscais de prestação de serviços para sua cliente, empresa ETE (Nota Fiscal nº. 0079 à folha 49, por exemplo) discriminando os serviços prestados e o seu valor, no caso, R\$ 36.000,46. Em seguida, continuando com a discriminação dos serviços, indicava: mão-de-obra

35 – R\$ 12.600,16; Equipamento 30% - R\$ 10.800,13; M. Padronizado 35% - R\$ 12.600; Caução 10% - R\$ 3.600,04; ISSQN 3% - R\$ 378,00.

O que se constata é que no valor dos serviços prestados não há qualquer parcela que corresponda, efetivamente, a material empregado que fosse de propriedade da empresa Recorrente. Como consta do “Contrato de Sub Empreitada entre ETE – Engenharia de Telecomunicações e Eletricidades S.A.” e a empresa J. B. de Almeida Filho (fl. 29) o valor dos materiais padronizados e não padronizados (cláusula quarta, item 4.4) era deduzido sim, mas não do valor do serviços como quer fazer crer a Recorrente. É o que está claramente demonstrado nas planilhas de pagamento dos contratos (fls. 36 a 41). Nessa planilha se verifica que há efetivamente deduções sobre a execução dos serviços. No entanto, essas deduções não estão incluídas nas notas fiscais de prestação de serviços. A indicação do percentual de 35% para materiais padronizados e não padronizados é apenas uma cláusula contratual firmada entre as partes. Mas não representa ou comprova o emprego de material por parte da Recorrente para posterior ressarcimento. Se houvesse efetivamente emprego de material de propriedade da Recorrente era devida a emissão de nota fiscal de venda de mercadoria e não de prestação de serviços. De qualquer forma, em qualquer das hipóteses, corresponderia à receita bruta da empresa.

Assim, afasta-se a hipótese de se tratar de venda de mercadoria. Devem ser afastados também os argumentos da Recorrente no sentido de que no montante da receita omitida apurada haveria uma parcela correspondente ao ICMS.

Lembra a DRJ que foi constatado que a Recorrente não possuía a escrituração do livro caixa, motivo pelo qual a recorrida optou corretamente pelo regime de competência, conforme INSRF nº 104/98. Entendeu que a autoridade fiscal não alterou lei, ao contrário, diante da falta de registros em livro adequados, seguiu a orientação da legislação. Foi verificado ainda depósito bancário de origem não comprovada.

i) Multa de Ofício de 150% - alega que cabe às delegacias de Julgamento somente o controle de legalidade dos atos administrativos, não lhe cabendo o reconhecimento de invalidade de norma legal, conforme aduz a Recorrente. Portanto, reconhece como incabível o reconhecimento de invalidade de norma legal. Defende a aplicação da multa de 150%, pois restou clara a caracterização do intuito de fraudar da interessada, nos termos do artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, haja visto que não é razoável supor que a contribuinte tenha se equivocado na escrituração de seus livros fiscais, pois restou evidenciada a discrepância entre o que ela registrou como serviço e o que constou da ação fiscal. Há relevância de valores omitidos e reitera sua conduta quanto à aplicação da multa qualificada de 150%.

j) Defende a tributação reflexa para fins de PIS, COFINS e CSLL.

Sobre a representação fiscal para fins penais, restou prejudicada a análise em vista da existência de rito próprio, motivo pelo qual o Colegiado não examinou tal argumentação.

k) Exclusão do SIMPLES - já foi objeto de Acórdão da 2ª Turma da DRJ/STM nº 7.066/07 (fls. 324 a 347);

A 1ª Turma da DRJ/STM julgou procedentes os lançamentos do IRPJ, PIS, COFINS e CSLL, referentes a fatos geradores ocorridos nos períodos de apuração de 01/01/02

a 31/12/02 (fls. 215 a 250), acrescidos da multa de ofício de 150% e dos juros de mora regulamentares. A forma de tributação adotada na autuação foi o lucro arbitrado, com periodicidade trimestral.

Ciente do Acórdão nº 18-7.402 da 1ª Turma da DRJ/STJ (15/08/2007) (fl. 364), a Recorrente apresentou Recurso Voluntário (14/09/2007) (fls. 366 a 369), contestando os seguintes pontos:

l) Exclusão do SIMPLES retroativamente - Reitera suas alegações já apresentadas em Impugnação;

m) Pagamentos efetuados pela ETE - Sustenta que na Impugnação, embora constatasse dos autos as notas que a ETE diz ter-lhe pago, não foi produzida nenhuma prova neste sentido. Defende que os Julgadores de 1º grau não enfrentaram sua irrisignação neste sentido, urgindo, portanto, tal enfrentamento, uma vez que neste Conselho é dado conhecer toda a matéria de controvérsia, reportando-se a ao que já consta da Impugnação;

n) Depósitos bancários de origem não comprovada - Reporta-se às alegações apresentadas na Impugnação.

o) Registros no Livro do ISSQN - Reporta-se às alegações constantes da Impugnação.

p) Aplicação da multa de 150% - Reporta-se aos argumentos defendidos na Impugnação;

Por fim, requer seja recebido o Recurso Voluntário e a manifestação da matéria de todo o conteúdo dos autos, principalmente pelas teses apresentadas, seja proferida decisão reformando o Acórdão nº 18-7.402 da 1ª Turma da Delegacia da Receita federal do Brasil de Julgamento de Santa Maria, decretando a total improcedência do Auto de Infração constante do Processo nº 11070.000532/2007-14. Requereu ainda seja observada na seção de Julgamento os preceitos contidos no artigos 2º, inciso X, 3º, inciso III, 32 e 44 da Lei nº 9.784/99, com intimação na pessoa do Advogado constante do instrumento procuratório.

Esse é o relatório.

Voto

Conselheira - Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Relatora

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

A pauta desta Sessão foi publicada no Diário Oficial da União e também no site do Conselho de Contribuintes, atendendo às normas pertinentes a este Procedimento Administrativo Fiscal. A contribuinte pede, em resumo, a apreciação deste colegiado sobre as seguintes matérias.

1) Exclusão do SIMPLES: retroatividade e pertinência.



Embora a contribuinte tenha sido pessoalmente notificada da exclusão do SIMPLES em 18/12/2006, o Ato Declaratório Executivo DRF/SÃO nº 25/06 (fl. 14) de exclusão do SIMPLES data de 16/10/2001, com vigência a partir de 01/07/2001, tendo sido publicado no Diário Oficial. A contribuinte alega que esse ato foi aplicado retroativamente para alcançar, pelo lucro arbitrado, as receitas do contribuinte dos anos autuados.

Por outro lado, nos termos do artigo 15, II, da Lei 9.317/96, a exclusão do SIMPLES, com fulcro no exercício de atividade não autorizada, pode ter aplicação *ex tunc*. Trata-se aqui de um regime tributário que se traduz em um benefício fiscal condicionado ao cumprimento de algumas determinações legais. O exercício de atividade vedada no regime SIMPLES culmina no descumprimento dessa condição, justificando o lançamento do tributo pelo lucro real ou arbitrado desde o momento em que esse descumprimento foi verificado.

O contribuinte alega que o fato de ele exercer serviços de limpeza de forma esporádica não é suficiente para sua exclusão do SIMPLES. Ocorre que, nos termos do artigo 9, XII, f) da Lei 9.317/96, não são admitidas no regime do SIMPLES pessoas que exercem serviços de limpeza e a Lei não traz gradação de atividade primária, habitual ou secundária, esporádica. Esse serviço não é admitido no SIMPLES.

Assim, neste caso, não assiste razão à contribuinte, pois não se pode considerar que a exclusão do SIMPLES tenha tido aplicação retroativa ou que não tenha sido pertinente.

2) Inexistência do fato gerador: impertinência das notas fiscais ETE como prova de receita, do Livro de ISSQN e dos depósitos bancários não comprovados para fins de lançar os tributos devidos sobre o lucro e receita.

A contribuinte reporta-se a sua impugnação para traduzir as razões de seu protesto. Entende que a autoridade deveria comprovar o efetivo pagamento das vendas feitas à ETE para poder usar essas notas fiscais como base de cálculo de tributo. Aduz que a movimentação bancária não tem o condão de significar, com unicidade, a receita omitida e que não houve nenhuma prova nos autos para que pudesse embasar a lavratura do auto de infração.

Pelos valores escriturados no livro do ISSQN, alega que o Relatório de Constatação Fiscal não reflete a realidade dos livros escriturados.

Analisando os documentos acostados ao processo, verifico que a existência das vendas para ETE não só fica clara pelas notas fiscais como também pelo Livro ISSQN, em parte, e em outra parte pelos depósitos bancários. Então, devo concluir pela validade dessa prova a consagrar a receita omitida.

Assim também o lançamento fez constar, na base dos tributos federais, a receita declarada pela própria contribuinte no Livro ISSQN, apresentado à fiscalização. Essa receita não foi declarada à autoridade fiscal federal. Nessa medida, entendo que referida prova é boa para configurar receita não tributada, passível de exação pelos tributos federais, como fez o auditor fiscal.

Quanto aos depósitos não comprovados, o artigo 42 da Lei 9.430/96 autoriza a presunção de omissão de receitas no caso de depósitos bancários de origem não comprovada.

Nessa linha, não entendo que caiba razão ao contribuinte. A autoridade fiscal comprovou corretamente, por provas indiciárias, a receita omitida passível de tributação e

 8

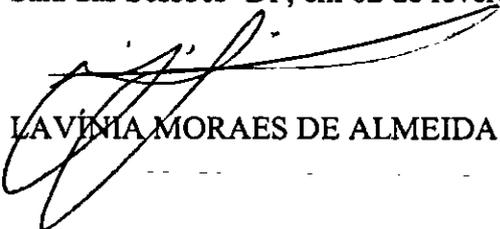
ainda admitiu, dada a imprestabilidade da escrita fiscal, o arbitramento do lucro. A partir daí, caberia à contribuinte trazer provas de que não houve essas vendas, de que as notas fiscais foram canceladas, não foram confirmadas como prestação de serviços, ou comprovar a origem dos demais depósitos bancários, o que deixou de fazer. Por isso, cabe manter o lançamento fiscal com base nas provas acostadas pela autoridade e não rebatidas com contra provas da contribuinte.

- 2) Intuito doloso e aplicação da multa de 150%: ausência de comprovação e insubsistência.

Além de ter omitido receitas e não ter mantido escrituração contábil, o que em si não são sozinhos fraude, conforme fls. 214, a contribuinte está sendo acusada de ter emitido notas fiscais calçadas e de ter-se declarado como inativa quando na verdade tinha atividade econômica. A cumulação desses dois outros fatos com os atos omissivos do contribuinte, comprovados pela autoridade, justifica a hipótese de qualificação de multa, pontuada no artigo 44 da Lei 9.430/96, ou seja, comprovam o evidente intuito de fraude.

Nesse sentido, nego provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões -DF, em 02 de fevereiro de 2009


LAVÍNIA MORAES DE ALMEIDA NOGUEIRA JUNQUEIRA