



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

Processo n° 14751.720285/2011-81
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1301-001.922 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de janeiro de 2016
Matéria IRPJ Omissão de Receitas
Recorrentes OLM REPRESENTAÇÕES LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008

RENDIMENTOS RECEBIDOS DO EXTERIOR. SERVIÇOS PRESTADOS NO BRASIL. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE LUCRO REAL.

No caso de contribuinte domiciliado Brasil prestar serviços também no Brasil, porém receber rendimentos oriundos do exterior, não há que se falar em obrigatoriedade de apuração do tributo pelo lucro real, nos termos do ADI SRF nº 5, de 2001.

RECEITAS DE APLICAÇÃO FINANCEIRA. OMISSÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESENTE INDICAÇÃO DA DEDUÇÃO DO IRRF.

Constou demonstrada no auto de infração a dedução do IRRF incidente sobre o rendimento de aplicação financeira considerado omitido.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008

INTEMPETIVIDADE. INTIMAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO. POSSIBILIDADE.

O Decreto 70.235, de 1972, dispõe que a intimação por meio eletrônico será feita com prova do recebimento, mediante envio ao domicílio tributário do sujeito passivo, devendo ser realizada com prazo de 15 dias a partir da data do comprovante de entrega (art. 23, inciso III, "a" e § 2º, inciso III, "a"). Já nos termos da Portaria 259/2006, considera-se domicílio tributário a caixa postal disponibilizada no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (e-CAC), desde que haja autorização do sujeito passivo (art. 4º, inciso I, e § 1º e §2º - fls. 80-1).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso de ofício e NÃO CONHECER o recurso voluntário. Houve sustentação oral proferida pelo Dr. Samuel Carvalho Gaudênio, OAB nº 274.427.

(documento assinado digitalmente)
Wilson Fernandes Guimarães - Presidente.

(documento assinado digitalmente)
Hélio Eduardo de Paiva Araújo - Relator.

Erro! A origem da referência não foi encontrada. - Redator designado.

EDITADO EM: 27/01/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Tadeu Matosinho Machado (suplente convocado), Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Paulo Jakson da Silva Lucas, Gilberto Baptista (suplente convocado) e Wilson Fernandes Guimarães.

Relatório

OLM REPRESENTAÇÕES LTDA., já qualificada nos autos, recorre da decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Recife (PE) - DRJ/REC, que, por maioria de votos, considerou procedente em parte a manifestação de inconformidade, mantendo parcialmente o crédito tributário exigido.

Tendo em vista o bem articulado e minudente relatório elaborado pela decisão recorrida, considerada ainda a extensão, adoto-o na íntegra conforme segue:

Tratam os autos de lançamentos de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), consubstanciados nos autos de infração às fl. 02 a 54, referentes aos anos-calendário 2007 e 2008, com crédito tributário total de R\$ 6.778.496,54, assim distribuído:

TRIBUTOS	PRINCIPAL	JUROS DE MORA	MULTA DE OFÍCIO
IRPJ	1.223.869,75	481.123,24	1.526.512,92
CSLL	445.774,09	175.264,59	556.930,93
COFINS	390.650,85	158.572,73	536.288,13
PIS	84.702,70	34.381,19	116.267,01
IRRF	484.615,37	200.081,52	363.461,52

Consoante as descrições dos fatos contidas nos autos de infração acima mencionados e no Relatório de Trabalho Fiscal (RTF), parte integrante daqueles, foram constatadas as seguintes irregularidades:

Omissão de Receitas da Atividade – (infração 001 e 005 do auto de infração de IRPJ – item 6.1 do RTF) – considerando que não houve uma sociedade em conta de participação de fato, senão uma mera sub-empregada, os valores recebidos da empresa Rocha Bressan Engenharia Ind. e Com. Ltda a título de distribuição de lucros, indicados abaixo, sujeitam-se à tributação por representarem receitas de prestação de serviços. Esta infração foi lançada nos anos-calendário 2007 e 2008, tendo acarretado exigências de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins. O IRPJ e a CSLL referentes a 2008 foram apurados com base no lucro líquido ajustado (lucro real), e, por conseguinte, a Cofins e o PIS foram lançados pelo regime não-cumulativo.

Para esta infração a multa foi qualificada com base no art. 72 da Lei nº 4.502, de 1964, c/c art. 44, inciso I e §1º, da Lei nº 9.430, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, em virtude da reiteração da conduta irregular e os valores expressivos a ela associados não denotarem incorreções de menor porte, oriundas de erros de ordem material, mas, sim, verdadeiras ações dolosas elisivas, posto que nenhum outro objetivo pode ser vislumbrado que não seja o de impedir a ocorrência do fato gerador e/ou o não pagamento de tributos. Além disso, em função da conduta

caracterizar, em tese, crime previsto no art. 1º, inciso II da Lei nº 8.137, de 1990, foi formalizada representação fiscal para fins penais:

Item	Valor	Data	Histórico	Diário/Fls.
1	R\$ 4.000.000,00	12/09/2007	participação resultado líquido na SCP	02 / 56
2	R\$ 1.000.000,00	21/09/2007	participação resultado líquido na SCP	02 / 57
3	R\$ 280.000,00	24/09/2007	participação resultado líquido na SCP	02 / 57
4	R\$ 1.500.000,00	27/11/2007	participação resultado líquido na SCP	02 / 71
5	R\$ 1.500.000,00	07/12/2007	participação resultado líquido na SCP	02 / 74
6	R\$ 950.000,00	09/01/2008	participação resultado líquido na SCP	03 / 03
7	R\$ 50.000,00	10/06/2008	participação resultado líquido na SCP	03 / 24

Obs.: Os valores contabilizados nos itens 4 e 5 foram de R\$ 1.000.000,00 e R\$ 1.100.000,00, respectivamente.

Omissão de Receita da Atividade Oriunda do Exterior – (infração 001 do auto de infração de IRPJ – item 6.3 do RTF) – constatou-se que o sujeito passivo recebeu rendimento a título de comissão da empresa Motorola Inc Comn Intl, no montante de USD 500.000,00 (R\$ 850.500,00, considerada taxa cambial de 1,7010), o qual não foi oferecido à tributação. Esta infração acarretou lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins para o ano-calendário 2008. A multa de ofício aplicada foi de 75%;

Omissão de Receitas Decorrentes de Aplicações Financeiras – (infração 002 e 006 do auto de infração de IRPJ – item 6.2 do RTF) – em consulta ao sistema Dirf da Receita Federal constatou-se que o contribuinte obteve rendimentos de aplicações financeiras de renda fixa no Unibanco nos anos 2007 e 2008, conforme extratos de consulta às fl. 2076 e 2077, respectivamente (transcritos abaixo). Da análise da contabilidade, verificou-se que: a) os rendimentos dos meses de junho e outubro de 2007, e janeiro de 2008 não foram contabilizados; e b) os rendimentos dos meses de maio, julho e setembro de 2008 foram contabilizados líquidos (após dedução do IRRF). Nos cálculos foram considerados os impostos retidos na fonte. Esta infração gerou lançamentos de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins para os anos-calendário 2007 e 2008. A multa de ofício aplicada foi de 75%.

Rendimentos tributáveis			
Meses	Rendimentos tributáveis		Imposto retido
Janeiro		0,00	0,00
Fevereiro		0,00	0,00
Março		0,00	0,00
Abril		0,00	0,00
Maio		0,00	0,00
Junho		5.235,65	1.047,13
Julho		0,00	0,00
Agosto		0,00	0,00
Setembro		0,00	0,00
Outubro		48.526,47	10.918,45
Novembro		0,00	0,00
Dezembro		0,00	0,00
Total		53.762,12	11.965,58

Rendimentos tributáveis			
Meses	Rendimentos tributáveis		Imposto retido
Janeiro	9.204,68		2.071,05
Fevereiro	0,00		0,00
Março	0,00		0,00
Abril	0,00		0,00
Maio	1.559,38		350,86
Junho	0,00		0,00
Julho	1,52		0,34
Agosto	0,00		0,00
Setembro	179,17		40,31
Outubro	0,00		0,00
Novembro	0,00		0,00
Dezembro	0,00		0,00
Total	10.944,75		2.462,56

Adições Não Computadas na Apuração do Lucro Real (custo/despesa indedutível) – (infração 003 do auto de infração de IRPJ – item 7.2.1 do RTF) – durante a ação fiscal, e sob intimação, o contribuinte apresentou o Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) (fl. 1370 a 1375), onde mostra na Parte A as adições efetuadas ao lucro na apuração do lucro real de despesas indedutíveis como doações, multas de trânsito, faturas de cartões de crédito American Express, hospedagem e material de limpeza/consumo, nos valores de R\$ 26.300,00, R\$ 536,28, R\$ 260.660,27, R\$ 3.763,75 e R\$ 5.362,25, respectivamente (distribuídos pelos períodos de apuração conforme indicado na tabela abaixo). Como tais valores não foram declarados pela opção indevida pelo lucro presumido, devem ser considerados no lançamento de ofício para determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Esta infração ensejou lançamentos destes tributos apenas para o ano-calendário 2008. A multa aplicada foi de 75%;

PERÍODO DE APURAÇÃO	VALORES (R\$)
1º Trimestre de 2008	66.442,27
2º Trimestre de 2008	64.934,01
3º Trimestre de 2008	90.791,94
4º trimestre de 2008	74.877,38

Resultados Operacionais Não Declarados / Opção Indevida Pelo Lucro Presumido – (infração 004 do auto de infração de IRPJ – item 7.1 do RTF) – o contribuinte sob ação fiscal fez opção pelo lucro presumido no ano-calendário 2008, efetuando recolhimento do PIS e da Cofins pelo regime cumulativo. Tendo em vista obrigatoriedade de apuração pelo lucro real para o período, procedeu-se à apuração trimestral com base em seus lançamentos contábeis. Do resultado de cada trimestre fez-se adições e subtrações para chegar ao resultado trimestral ajustado: a) adições – valores contabilizados a título de redução da receita bruta: PIS e Cofins calculados pelo regime cumulativo; encargos de depreciação em dez/2008; custo de mercadorias/serviços vendidos em dez/2008; créditos utilizados na apuração do PIS e da Cofins pelo regime não-cumulativo; e b) subtrações – apropriação trimestral dos encargos de depreciação; apropriação do custo de mercadorias/serviços vendidos nos 1º e 4º trimestres; valores do PIS e da Cofins apurados pelo regime não-cumulativo.

Após os ajustes, apurou-se os resultados trimestrais seguintes: R\$ 347.313,63, R\$ 290.835,10, R\$ 456.112,26 e R\$ 249.251,69, respectivamente para os 1º, 2º, 3º e 4º trimestres. Esta infração gerou lançamentos de IRPJ e CSLL para o ano-calendário 2008, com multa de ofício aplicada de 75%;

Pagamento Sem Causa – (infração 001 do auto de infração de IRRF – item 8.1 do RTF) – o contribuinte não conseguiu comprovar as operações que deram causa aos pagamentos efetuados à empresa Teixeira Consultoria Técnica Ltda em 22 de novembro e 10 de dezembro de 2007, nos valores de R\$ 500.000,00 e 400.000,00, respectivamente, pelas razões abaixo expostas. Para esta infração foi aplicada multa de 75%:

– o contribuinte, que teria a responsabilidade pela apuração dos resultados, apresentação da declaração de rendimentos, recolhimento do imposto devido e escrituração das operações da SCP constituída com a empresa Teixeira Consultoria Técnica Ltda, não apurou o resultado destacadamente;

– informou que não houve em sua contabilidade qualquer lançamento a título de consultoria de compras, de engenharia ou de pessoal, de *layouts*, de projetos de execução elétrica e de aterramento ou assessoria técnica pagas pela Teixeira Consultoria;

– a contabilidade, bem como a movimentação financeira da empresa Teixeira Consultoria não apresentam qualquer indício de que esta efetuou operações acima mencionadas, objeto da SCP celebrada com o contribuinte sob ação fiscal.

Tais infrações foram apuradas após um procedimento fiscal detalhado, cujos fatos, apurações e considerações estão descritos no RTF e resumidos a seguir:

o contribuinte apresentou Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) para os anos-calendário 2007 e 2008 com forma de tributação com base em lucro presumido e regime de competência;

Do Contrato Celebrado entre a OLM e a Empresa Rocha Bressan

a empresa Rocha Bressan Engenharia Indústria e Comércio Ltda firmou contrato de constituição de sociedade em conta de participação em março de 2007, na condição de sócia ostensiva, com o sujeito passivo (OLM), na condição de sócio participante;

o sujeito passivo não fez qualquer aporte de capital na sociedade em conta de participação SCP “PAN 2007 – SCP”, quando na realidade deveria ser o principal supridor dos recursos;

não consta contabilização de qualquer despesa paga pelo sujeito passivo nos livros contábeis da empresa Rocha Bressan, estando, por conseguinte, incorreta a apuração do resultado da SCP “PAN 2007 – SCP”;

tanto a OLM como a Rocha Bressan não apresentaram a documentação das despesas realizadas;

assim, constatou-se que não houve a SCP denominada “PAN 2007 – SCP”, mas uma prestação de serviços;

Do Contrato Celebrado entre OLM e a Teixeira Consultoria Técnica Ltda

a empresa OLM, que tem a responsabilidade pela apuração dos resultados, apresentação da declaração de rendimentos, recolhimento do imposto devido pela SCP e a escrituração de suas operações, não fez a apuração destacadamente;

na contabilidade da OLM não houve qualquer lançamento a título de consultoria de compras, engenharia ou de pessoal, *layouts*, projetos de execução elétrica e aterramento ou assessoria técnica paga pela Teixeira Consultoria;

a contabilidade e a movimentação financeira da Teixeira Consultoria não apresentam qualquer indício de que foram efetuadas operações acima descritas, objetos da SCP celebrada com a OLM;

Da Relação Entre a OLM e as Empresas Bressan e Teixeira Consultoria

pelo contrato de constituição de SCP entre OLM com a Bressan, esta, na condição de sócia ostensiva, contrataria aquela, sócia participante, para a execução e implantação do projeto de comunicação (voz, dados e imagem) para os Jogos Pan-Americanos no Rio de Janeiro em 2007. A OLM receberia R\$ 9.280.000,00;

pelo contrato de constituição de SCP entre a OLM (sócia ostensiva) e a Teixeira Consultoria (sócia participante), aquela contrataria esta para consultoria e assessoria na implantação do projeto de comunicação antes referido. Pela contratação, a Teixeira Consultoria receberia R\$ 943.000,00;

a Rocha Bressan assinou contrato com o Ministério da Justiça e contratou a OLM para executar as atribuições antes mencionadas, que, por sua vez, contratou a empresa Teixeira Consultoria para executar atribuições inicialmente de responsabilidade da OLM;

as sócias participantes, que deveriam apenas contribuir para a formação do patrimônio especial, não o fizeram e executaram serviços objetos do contrato, indo de encontro com os art. 991 e 994 do Código Civil;

as empresas Rocha Bressan, OLM e Teixeira não apresentaram documentação hábil e idônea que comprovasse as despesas de execução dos serviços;

os lucros contábeis apurados pela Bressan e OLM foram majorados artificialmente pela não contabilização de custos e/ou despesas;

a apuração do lucro líquido, no encerramento de cada período-base, deve ser efetuada de conformidade com os procedimentos usuais da contabilidade, inclusive com o encerramento das contas de resultado. A escrituração deve ser regular, ou seja, baseada em registros permanentes e respaldada em documentação hábil;

somente pode ser distribuído, com isenção de imposto de renda, valor maior que o lucro presumido do período quando se comprovar que o lucro contábil excedeu o presumido, mediante levantamento dos demonstrativos contábeis com observância da legislação comercial e fiscal, fato que as empresas OLM, Bressan e Teixeira não conseguiram realizar, acarretando na tributação do lucro distribuído excedente ao lucro presumido;

Das Conclusões das Sociedades em Conta de Participação – SCP

SCP entre OLM e Bressan

- a empresa OLM, na qualidade de sócia participante, deveria apenas contribuir para a formação do patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais. Todavia, não fez qualquer aporte de capital na SCP. Além disso executou serviços objetos do contrato, fatos que vão de encontro aos art. 991 e 994 do Código Civil;

- não consta contabilização de qualquer despesa paga pela OLM nos livros contábeis da Bressan. Assim, a apuração do resultado da SCP está incorreto, acarretando lucro contábil majorado artificialmente;

a Bressan apresentou Comunicado de Ocorrência Policial nº 9.758/20100, de 12 de novembro de 2010 (fl. 1956 e 1957), informando que perdeu uma caixa contendo documentos contábeis dos anos 2006 e 2008 vinculados a mesma em 05 de novembro de 2010.

- ressalte-se que a Bressan perdeu os documentos após ter sido intimada a apresentá-los em 18 de outubro de 2010; 3.5.4. tanto a OLM como a Bressan não apresentaram a documentação comprobatória das despesas. A OLM informou que “...Foi, pelas mãos dos sócios, que passaram pelo menos, 90% (noventa por cento) das importâncias pagas a terceiros...”, não comprovando tais operações;

- a OLM recebeu da Bressan os valores de R\$ 8.280.000,00 (em 2007) e de R\$ 1.000.000,00 (em 2008) pelos serviços realizados, os quais foram contabilizados como lucros recebidos, não se sujeitando à tributação na OLM;

- pelos elementos apresentados, não se configurou de fato uma sociedade em conta de participação; SCP entre OLM e Teixeira Consultoria;

- a empresa Teixeira Consultoria, que deveria apenas contribuir para a formação do patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais, não contribuiu e nem comprovou a execução dos serviços objeto do contrato, indo de encontro aos art. 991 e 994 do Código Civil;

- o Sr. Alípio Antônio Teixeira, sócio da Teixeira Consultoria, informou no Boletim Eletrônico de Ocorrência nº 256709/2011, de 12 de abril de 2011, que no dia 10 de abril esqueceu pasta na praça de alimentação do Shopping Center Norte que continha diversos documentos originais relativos a relatórios de execução de serviços realizados em 2007 para a empresa OLM, cópias de cartão de desembarques no Rio de Janeiro em 2007, comprovantes de despesas na cidade no ano de 2007, durante a execução do projeto dos Jogos Pan-Americanos, e projeto de programação de frequência e sinal de radiofrequência feitos para a OLM, bem assim cópias de recibos relativos ao ano de 2007 que estavam em sua posse. Da análise da documentação apresentada (livros e extratos bancários) constatou-se que a mesma não fazia menção a qualquer pagamento de despesa objeto do contrato da SCP. Diante disso, questiona-se como a Teixeira Consultoria teria pago tais dispêndios? Esta empresa não comprovou a execução dos serviços objeto do contrato;

- a empresa OLM, que tem a responsabilidade pela apuração dos resultados, apresentação da declaração de rendimentos, recolhimento do imposto devido pela SCP e a escrituração de suas operações, não fez a apuração destacadamente;

- na contabilidade da OLM não houve qualquer lançamento a título de consultoria de compras, engenharia ou de pessoal, *layouts*, projetos de execução elétrica e aterramento ou assessoria técnica paga pela Teixeira Consultoria;

a contabilidade e a movimentação financeira da Teixeira Consultoria não apresentam qualquer indício de que foram efetuadas operações acima descritas, objetos da SCP celebrada com a OLM;

- nem a Teixeira, nem a OLM conseguiram comprovar as operações que deram causa aos pagamentos feitos por esta àquela em 22 de novembro e 10 de dezembro de 2007 nos valores de R\$ 500.000,00 e R\$ 400.000,00, não se configurando, de fato, uma SCP.

Cientificado pessoalmente dos lançamentos em 22 de dezembro de 2011, o sujeito passivo apresentou a impugnação às fl. 2362 a 2424, em 19 de janeiro de 2012, instruída com os documentos às fl. 2425 a 2629, onde argumentou/requeru, em síntese, o que segue:

DOS FATOS

Da Suposta Omissão de Receitas da Atividade (item 6.1 do RTF)

- no ano 2007 participou dos Jogos Pan-Americanos na área de segurança pública. No desenvolvimento de parte das atividades firmou duas SCP;

- na primeira, SCP PAN 2007 ("SCP1"), atuou na condição de sócio participante, associado à Rocha Bressan Engenharia Indústria e Comércio Ltda. Esta exerceu o papel de sócia ostensiva, agindo diretamente junto ao contratante de seus serviços, a saber, o Ministério da Justiça. A função do impugnante foi de desenvolver as seguintes atividades, conforme contrato: gerenciar toda e qualquer compra de equipamentos, materiais, partes e peças, necessárias à execução do contrato; executar fisicamente, nos locais determinados, as instalações necessárias dos equipamentos fornecidos; locar todo e qualquer veículo necessário aos deslocamentos das equipes de campo; contratar toda a mão de obra necessária para a execução do escopo de fornecimento; locar local (armazém) para guardar materiais e peças durante a implantação do contrato; executar todo e qualquer trabalho de otimização dos equipamentos, visando a perfeita funcionalidade e operacionalidade dos mesmos; treinar e ministrar as soluções envolvidas; treinar e ministrar cursos das soluções envolvidas;

- na segunda, SCP PAN 2007 ("SCP2"), atuou como sócia ostensiva, ao passo que a Teixeira Consultoria Técnica Ltda atuou como sócia participante;

- segundo o agente fiscal, a SCP1 não existiu haja vista que: (a) o impugnante, na qualidade de sócio participante, que deveria apenas contribuir para a formação do patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais, não contribuiu e executou serviços objeto do contrato, indo de encontro aos art. 991 e 994 do Código Civil; e (b) essa SCP não contabilizou despesas incorridas pelo impugnante, acarretando majoração artificial de lucros, o que teria permitido receber dividendos isentos de tributos. Em razão da suposta conduta praticada, entendeu-se que houve omissão de receitas atinente aos valores recebidos a título de distribuição de lucros, pagos pela SCP;

Da Suposta Omissão de Receitas de Aplicação Financeira (item 6.2 do RTF)

- mantinha aplicações financeiras junto ao banco Unibanco SA nos anos 2007 e 2008. Foi acusada de não contabilizar os rendimentos obtidos em junho e outubro de 2007 e janeiro de 2008, qualificando omissão de receitas;

Da Suposta Omissão dos Rendimentos Oriundos do Exterior (item 6.3 do RTF)

- no desenvolvimento de suas atividades, firmou, em 02 de janeiro de 2007, um contrato de agente com a empresa Motorola Industrial Ltda, servindo como agente desta junto à Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) para os Jogos Pan-Americanos.

- Recebeu comissão a título de serviço de agenciamento realizado exclusivamente em território nacional. Contudo, o pagamento foi realizado pela empresa americana Motorola Inc., que efetuou a venda de tais aparelhos junto à

SENASP. Foi acusado de deixar de oferecer à tributação a importância de R\$ 850.500,00 recebidos de comissão;

Da Suposta Opção Indevida pelo Lucro Presumido (itens 7 e 7.12 do RTF)

- não há que se falar em atuação no exterior no que se refere ao serviço de agenciamento junto à SENASP, até porque sequer possui filial, sucursal, controlada, coligada ou qualquer entidade subordinada ou residente no exterior;

Da Suposta Falta de Recolhimento de IRRF Decorrente de Pagamento Sem Causa (item 8 do RTF)

- conforme já explanado, constituiu a SCP2 com a Teixeira Consultoria, atuando na qualidade de sócio ostensivo. Por tal razão, cumprindo a Cláusula Quinta do contrato, distribuiu lucros àquela empresa;

- a partir da análise de sua contabilidade e da Teixeira Consultoria, a fiscalização entendeu que não restou provada a apuração dos resultados da SCP de forma destacada. Por isso, no seu entender, restou configurado o pagamento sem causa;

DO DIREITO

Lucro Real – Obrigatoriedade

Como se depreende do inciso III do art. 14 da Lei nº 9.718, de 1998, a obtenção de rendimentos oriundos do exterior é fato que enseja a compulsoriedade da sistemática do lucro real. Assim é preciso definir o alcance da expressão “oriundos do exterior”;

Fonte da renda é aquilo que faz nascer a renda, ou seja, o capital que gera um acréscimo patrimonial, ou o trabalho exercido. A origem do rendimento, ou sua fonte objetiva (diferente de fonte subjetiva, ou seja, fonte de pagamento), é o local em que é exercido o trabalho ou em que está situado o capital do qual se origina a renda. Assim, conclui-se que o rendimento auferido do exterior é aquele proveniente do trabalho realizado no exterior por entidades residentes no exterior, ou do capital situado fora dos limites territoriais;

Quando o contribuinte pratica um serviço no Brasil, ainda que a fonte subjetiva (fonte de pagamento) esteja situada no exterior, esse rendimento é gerado no Brasil.

Essa é a única consequência compatível com o art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN).

Infere-se, assim, que o aspecto relevante que faz nascer a obrigatoriedade de adoção de lucro real é o exercício de atividades no exterior, tal como as exercidas por filiais, sucursais, controladas, etc., no exterior;

Ademais, tal questão ficou sanada com o advento do ADI SRF nº 5, de 2001. Conforme a norma, na hipótese de uma determinada sociedade domiciliada no Brasil prestar serviço no exterior sem ser por intermédio de filial, sucursal etc., no exterior, não há que se falar em lucros auferidos no exterior, nem de obrigatoriedade de se apurar o IRPJ com base no lucro real. Isso implica dizer que a ausência da obrigatoriedade resta mais clara ainda quando o serviço é prestado no Brasil e apenas os recursos do pagamento são oriundos do exterior em razão da fonte pagadora lá estar sediada;

Das Sociedades em Conta de Participação

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

Autenticado digitalmente em 27/01/2016 por HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, Assinado digitalmente em 2

7/01/2016 por HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, Assinado digitalmente em 28/01/2016 por WILSON FERNANDE

S GUIMARAES

Impresso em 29/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A SCP é modalidade específica de sociedade dotada de uma espécie peculiar de sócio, denominado sócio participante (inativo ou oculto). O que qualifica esse sócio é o aspecto de não possuir responsabilidades perante terceiros, diferenciando-se do chamado sócio ostensivo, que pratica o objeto social da entidade, responsabilizando-se perante terceiros;

De acordo com o art. 991 do Código Civil, o sócio ostensivo é o que se responsabiliza juridicamente perante terceiros. Todos os atos do objeto social são exercidos em nome individual e sob responsabilidade do sócio ostensivo exclusivamente;

A legislação não veda, de modo algum, que o sócio participante contribua para a sociedade com serviços. Essa permissão é decorrente do art. 981 do Código Civil, prescrição genérica para as sociedades;

Ademais, como explica Pontes de Miranda, a principal diferença entre os chamados sócios participantes ativos (sócios ostensivos) e os sócios participantes passivos (sócios participantes) é que apenas os primeiros, juridicamente, figuram como participantes das obrigações jurídicas que compõem a sociedade.

DO CASO CONCRETO

Inexistência de Omissão de Receitas da Atividade – item 6.1 do RTF

A acusação contida no item 6.1 do RTF considera que os lucros recebidos decorrentes da SCP com a Bressan configuram receita de prestação de serviços, baseando-se, para tanto, em dois motivos:

- a) suposta ausência de aporte de capital na sociedade; e
- b) suposta ausência de contabilização de despesas incorridas pela OLM na qualidade de sócia participante;

Conforme já tratado, o art. 981 do Código Civil expressamente permite que a contribuição dos sócios a uma sociedade possa ser em serviços ou bens. Não há obrigatoriedade de que haja aporte de capital por todos os sócios. Assim, o entendimento fiscal viola tal dispositivo, bem assim o art. 5º, XVII da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), pois representa interferência estatal na vontade das partes em se associar.

Além disso, tal aporte de capital não está previsto no contrato constitutivo da SCP. Consta no contrato que a contribuição da OLM será mediante a consecução das atividades indicadas na cláusula quinta. Trata-se de uma contribuição, ainda que oblíqua, pois o eventual custo decorrente dessas atividades acaba se tornando um ônus financeiro a ser suportado.

Assim, a conclusão de inexistência da SCP por ausência de aporte formal pela sócia participante está totalmente dissociada do que foi acordado pelas partes e do que está previsto na legislação, razão pela qual os autos merecem ser cancelados.

Quanto ao segundo motivo, é de esclarecer que se o ônus financeiro das atividades realizadas pela OLM (sua contribuição para a SCP) fosse rateado entre as partes, contribuindo para a redução do resultado social, o motivo atrativo que levou a Bressan a constituir a SCP perderia qualquer razão de ser.

Nem se diga que a ausência de contabilização teria levado a um lucro artificial ou mesmo uma confusão patrimonial. É da essência da SCP que apenas as receitas

auferidas e despesas incorridas pelo sócio ostensivo, em favor da sociedade em conta de participação, compõem o resultado da sociedade. Isto porque receitas e despesas nada mais são do que direitos e obrigações do ponto de vista jurídico. Então, se na SCP apenas o sócio ostensivo pode assumir direitos e obrigações perante terceiros (art. 991 do Código Civil), como já discorrido, isso é o mesmo que admitir que apenas o sócio ostensivo pode auferir receitas ou incorrer em custos e despesas.

O sócio participante é investidor, seja com bens, com recursos ou com serviços proveitosos à sociedade. Mas, juridicamente, receitas e despesas da consecução do objeto social apenas são as decorrentes das atividades do sócio ostensivo. É ele quem deve contabilizar as receitas e despesas incorridas, porque o resultado da SCP só pode ser oriundo das receitas e despesas incorridas pelo sócio ostensivo.

Logo, considerando que a sociedade foi regularmente constituída, os lucros distribuídos pela SCP estão totalmente abrangidos pela norma prevista no art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, devendo-se cancelar os autos de infração nesta parte.

Inexistência de Fraude

A autoridade fiscal impôs multa de 150%, estando claro, com base no RTF, que lhe foi imputada a prática de fraude civil (fraude à lei), tendo em vista que a SCP, no seu entender, foi constituída com o fim específico de impedir a ocorrência do fato gerador. Será demonstrado que tanto as premissas fáticas como as de direito são equivocadas, ensejando o cancelamento da multa agravada.

Do ponto de vista fático, a constituição da SCP com a Bressan não foi efetivada com o objetivo apontado pela autoridade fiscal, mas, sim, para a implementação de esforços comuns para a exploração de atividades econômicas nos jogos Pan-Americanos.

O aspecto de que a estrutura jurídica da SCP acarreta carga tributária mais amena do que a incidente em um contrato de prestação de serviços é mero efeito que não desnatura o fato de que as partes tinham intenção real de se associar, juntado esforços para obter resultados decorrentes do contrato firmado entre a Bressan e o Ministério da Justiça. Não existe norma que obrigue o contribuinte a optar pela estrutura fiscal mais onerosa. Se não houver dissociação entre a forma e a essência, e forem observados os institutos jurídicos e seus limites econômicos e sociais, a livre iniciativa deve ser respeitada, ainda que determinada escolha importe carga tributária menos elevada.

Assim, a assertiva, sem qualquer comprovação, de que a constituição da SCP foi efetivada com o fim de impedir a ocorrência do fato gerador é improcedente e sem fundamentação probatória.

A multa de 150% somente pode ser aplicada nos casos de fraude penal, ou seja, quando há evasão fiscal. Nesse sentido, julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). Não configurada a fraude penal, deve ser cancelada a qualificação.

Contestação dos Tributos Incidentes Sobre os Valores Apontados no item 6.1 do RTF

Uma vez comprovada a improcedência da desqualificação da SCP celebrada com a empresa Bressan, pelos motivos já expostos, os valores recebidos não poderiam ensejar tributação do IRPJ, haja vista que o art. 10 da Lei nº 9.249, de 1995, consagra a isenção na distribuição de lucros e dividendos. No mesmo sentido,

a tributação da CSLL é indevida, haja vista isenção estabelecida no art. 2º, §1º, alínea “c”, item 5, da Lei nº 7.689, de 1988.

Não bastasse isso, no que se refere ao IRPJ relativo ao ano 2008, ainda que os lucros recebidos fossem sujeitos à tributação, fato que se alega a título argumentativo, estes somente poderiam ter sido tributados pelo lucro presumido, opção validamente efetuada pelo contribuinte.

No que se refere aos lançamentos de PIS e Cofins, a suposta omissão de receitas parte de premissa errada de que os lucros eram receitas provenientes da prestação de serviços. O art. 3º, §2º, II, da Lei nº 9.718, de 1998, isenta expressamente a distribuição de lucros do recolhimento de PIS e Cofins. O art. 1º da Lei nº 10.637, de 2002, e o art. 1º, §3º, alínea “b”, da Lei nº 10.833, de 2003, também prevêem a mesma isenção para as pessoas jurídicas inseridas na sistemática cumulativa.

Não bastasse isso, a aplicação da sistemática não-cumulativa para as receitas de 2008 é inapropriada, haja vista que optou pela tributação com base no lucro presumido e que, diferentemente do afirmado pela autoridade fiscal, não estava sujeita à apuração pelo lucro real para o IRPJ. Tendo optado pelo lucro presumido, aplica-se o regime cumulativo nos termos do art. 8º, II, da Lei nº 10.637, de 2002.

Ademais, ainda que o regime não-cumulativo fosse aplicável, nota-se que os valores apontados nos lançamentos são ilíquidos, posto que não há qualquer consideração de créditos aplicados, consoante disposição dos art. 2º das Leis nº 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003. Nesse sentido, jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Dada a inexistência de fraude, já demonstrada, a multa de 150% aplicada nesse item é abusiva e ilegal.

Inexistência de Omissão de Receitas Financeiras – Improriedade do Item 6.2 do RTF

A incidência de IRPJ é totalmente indevida, pois ilíquida. No RTF consta que foi considerado o IRRF referente às aplicações financeiras no Unibanco. Porém, o auto de infração deixou de discriminar ou apontar, na apuração do imposto, quais valores referem-se à retenção na fonte sofrida pelo Unibanco.

Ademais, para o ano 2008, a tributação imposta foi feita com base no lucro real, o que é ilegal e arbitrário.

No que se refere à incidência da CSLL, especificamente no ano 2007, o tributo é calculado a partir da aplicação do percentual de presunção de 32%, de sorte que os demais rendimentos são adicionados à base de cálculo do gravame. “Rendimento” implica a percepção de certas receitas descontadas das despesas incorridas. Isso porque a tributação da CSLL não se dá sobre a receita auferida, mas sobre o lucro. Como o lançamento furtou-se a descontar tais despesas, aplicando a tributação sobre as supostas receitas financeiras obtidas, sua iliquidez se torna patente.

Ademais, para o ano 2008, a tributação imposta com base no lucro líquido ajustado é ilegal e indevida, pois optou pelo lucro presumido legitimamente.

Para a Cofins e o PIS, no tocante ao ano 2007, há que se considerar que restou decidido, em julgado com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF), RE 390840, que sua exigência com base na Lei nº 9.718, de 1998, tem a base de

cálculo limitada ao faturamento auferido mensalmente pela pessoa jurídica, ou seja, aos serviços prestados e mercadorias vendidas. Significa que as receitas financeiras auferidas não podem ser tributadas por essas contribuições. Tal julgado do STF deve ser acatado na seara administrativa em virtude do disposto no art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972.

Impropriedade das Acusações Inseridas no Item 6.3 do RTF – Supostos Rendimentos Obtidos no Exterior (Comissão)

Com relação ao IRPJ e à CSLL

A impugnante deveria ter sido tributada pelo lucro presumido. A imposição do lucro real macula a cobrança por aplicação errônea do regime jurídico tributário incidente. A obrigatoriedade de apuração pelo lucro real é somente aplicável em caso de rendimentos obtidos por subsidiárias, controladas ou coligadas, ou outros estabelecimentos permanentes mantidos pelo contribuinte, conforme se infere do ADI SRF nº 5, de 2001.

No que se refere à Cofins e ao PIS

A CF/88, em seu art. 149, §1º, instituiu imunidade dessas contribuições para receitas oriundas de exportação. É indubitável que o recebimento da comissão gerou ingresso de divisas no Brasil, legitimando a aplicação da imunidade. Nesse sentido Solução de Consulta nº 104, de 2008.

Impropriedade das Acusações Inseridas nos Itens 7 e 7.2. do RTF – Supostos Rendimentos Obtidos do Exterior (Comissão)

O trabalho de agenciamento, que efetivou junto ao Ministério da Justiça para venda de aparelhos a serem utilizados nos Jogos Pan-Americanos de 2007, foi realizado no Brasil, ou seja, a origem do rendimento é o território nacional.

Rendimento oriundo do exterior, tratado no art. 14, III, da Lei nº 9.718, de 1998, é aquele proveniente de filiais, coligadas, controladas ou subsidiárias situadas no exterior, o que não é o caso. Este entendimento foi pacificado no ADI SRF nº 05, de 2001.

Entender o contrário é ir de encontro ao conceito de renda definido no art.43 do CTN.

Mesmo desprezando-se o art. 43 do CTN e o ADI SRF nº 5, de 2001, prestigiando uma interpretação isolada do art. 14, III, da Lei nº 9.718, de 1998, há que se considerar que essa nova interpretação jamais poderia retroagir, alcançando fatos geradores anteriores à mudança interpretativa, haja vista o disposto no art. 146 do CTN. A impugnante, ao optar pelo lucro presumido em 2008, fê-lo amparado no ADI, agindo de boa-fé, com amparo em orientação dada pela Receita Federal. Está clara a mudança do critério jurídico, pois o ADI estabelecia a obrigatoriedade da tributação pelo lucro real quando os rendimentos eram oriundos de estabelecimentos situados no exterior, enquanto que os lançamentos consideraram a obrigatoriedade em decorrência de rendimento de fonte pagadora do exterior.

Ainda que se admitisse a ilegalidade da opção pelo lucro presumido, o impugnante não poderia ser punido com juros e multa por ter seguido a orientação do ADI SRF nº 5, de 2001, conforme disposição do art. 100, I e parágrafo único, do CTN.

Diante do exposto, a tributação do IRPJ e da CSLL com base no lucro real padece de ilegalidade.

Inexistência de Pagamento Sem Causa

A origem dos pagamentos feitos à Teixeira Consultoria decorre da SCP firmada entre as duas sociedades. Assim, a causa é a distribuição de dividendos decorrentes da SCP.

No que se refere à contabilização de despesas incorridas pela Teixeira Consultoria, o RTF passa por alto. Conforme já demonstrado, é característica essencial das SCP que o resultado seja decorrente das atividades desempenhadas pelo sócio ostensivo. Nos termos do art. 991 do Código Civil, é o sócio ostensivo o responsável pelas atividades do objeto social.

O sócio participante, quando contribui com serviços, salvo determinação explícita no contrato da SCP, deve arcar com os custos e despesas de tal realização, que acaba se confundindo com o próprio investimento a ser realizado pelo sócio participante.

Considerar que os pagamentos foram sem causa é ignorar a existência da SCP firmada entre as partes.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Com relação ao item 6.1. do RTF (itens 001 e 005 do auto de IRPJ), a tributação foi indevidamente construída tendo-se em vista que os valores em tela configuram distribuição de lucros recebida de SCP, além do que os valores referentes ao ano 2008 jamais poderiam ter sido tributados na modalidade do lucro real.

Com relação ao item 6.2. do RTF (itens 002 e 006 do auto de IRPJ), a tributação é totalmente indevida para o PIS e para a Cofins, haja vista que tais contribuições não incidem sobre receitas financeiras. Além disso, são submetidas à IRRF, cujos valores não foram discriminados de forma clara no auto de infração, acarretando a falta de liquidez do crédito tributário. Por fim, quanto à CSLL, não há que se falar em cobrança desse tributo sobre rendimentos, sem que sejam descontadas as despesas incorridas para obtenção do rendimento, restando clara, mais uma vez, a falta de liquidez do crédito tributário.

Com relação à acusação contida no item 6.3. do RTF (item 001 do auto de IRPJ), o IRPJ e CSLL são inexigíveis, posto que calculados com base no lucro real, ao passo que o contribuinte optou, de forma legítima, pelo lucro presumido. Já no que se refere à Cofins e ao PIS, registre-se que tais valores representam ingresso de divisa do exterior no Brasil, havendo, portanto, imunidade dos referidos tributos. Além disso, toda e qualquer tributação reflexa, relativa ao PIS e à Cofins em razão da sistemática não cumulativa pela imposição de IR com base no lucro real deve ser cancelada diante da ausência de obrigatoriedade de apuração desses tributos com base no lucro real e no regime cumulativo, respectivamente.

Com relação ao item 7 do RTF (itens 003 e 004 do auto de IRPJ), registre-se que a cobrança é indevida, tendo-se em vista que o mero recebimento de comissão por fonte situada no exterior não gera obrigatoriedade de opção pelo lucro real.

No tocante ao item 8 do RTF (item 001 do auto de IRRF), a cobrança é totalmente indevida em função de que a beneficiária do pagamento, Teixeira Consultoria, firmou contrato de SCP com a impugnante. Assim, o pagamento consiste em distribuição de lucros oriundos da SCP.

Posteriormente, em 07 de março de 2013, este colegiado administrativo expediu a **Resolução nº 1.856**, às fl. 2683 a 2714, decidindo converter o julgamento

em diligência a ser realizada por autoridade fiscal da DRF/João Pessoa, para esclarecer, de forma fundamentada, o motivo da não aplicação do ADI SRF nº 5, de 31 de outubro de 2001, conforme solicitado pelo contribuinte no decorrer da ação fiscal, bem assim em fase de impugnação.

Por intermédio do Relatório de Diligência Fiscal (RDF) às fl. 2715 a 2718, de 11 de abril de 2013, a autoridade esclareceu o que segue:

- a empresa OLM efetuou operação de intermediação de venda de produtos da Motorola junto à Secretaria Nacional de Segurança Pública no Brasil com base num contrato celebrado com a empresa Motorola Industrial Ltda, com sede no Brasil;

- não recebeu da Motorola Industrial Ltda a comissão pela intermediação das vendas, mas sim, comissões oriundas da Motorola INC, com sede nos Estados Unidos;

- tem-se que a OLM recebeu comissão oriunda dos Estados Unidos e a pessoa jurídica que recebe rendimentos oriundos do exterior sujeita-se à necessária apuração pela sistemática do lucro real, conforme disposição do art. 246, III, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), cuja base legal é o art. 14, III, da Lei nº 9.718, de 1998;

- o ADI SRF nº 5, de 2001, dispõe que a obrigatoriedade de tributação pelo lucro real não se aplica à pessoa jurídica que auferir receita da exportação de mercadorias e da prestação direta de serviços no exterior, ou seja, se a pessoa jurídica exportar mercadorias para o exterior ou prestar o serviço diretamente no exterior não está obrigada à tributação pelo lucro real;

- o parágrafo único do mesmo ato diz que: “*Não se considera prestação* direta de serviços aquela realizada no exterior por intermédio de filiais, sucursais, agências, representações, coligadas, controladas e outras unidades descentralizadas da pessoa jurídica *que lhes sejam assemelhadas.*” Logo, se a empresa tem uma filial, sucursal, agência, representação, coligada, controlada e outra unidade descentralizada da pessoa jurídica que lhe seja assemelhada no exterior, a qual presta serviço no exterior e recebe rendimentos oriundos deste serviço, está obrigada a efetuar a tributação pelo lucro real. Portanto, se a prestação do serviço é exercida diretamente no exterior (aspecto geográfico) e recebe os rendimentos respectivos, não está obrigada a efetuar a tributação pelo lucro real;

- logo, o referido ADI não se aplica ao caso, tendo em vista que a OLM não prestou serviço à Motorola nos Estados Unidos, mas prestou serviço de intermediação de vendas no Brasil, recebendo, por este, comissões oriundas daquele país.

Cientificado do RDF em 15 de abril de 2013, conforme cópia do AR à fl. 2720, o contribuinte manifestou-se em 09 de maio de 2013, às fl. 2721 a 2731, trazendo as seguintes considerações:

- pela análise fiscal do ADI, o raciocínio desenvolvido partiu da premissa de que todo e qualquer rendimento advindo do exterior, independente do negócio jurídico que lhe deu causa, acarretaria, para a empresa brasileira, a obrigatoriedade de apurar o IRPJ e a CSLL pelo lucro real;

- tal conclusão é equivocada, pois o ADI veio esclarecer que não é o mero pagamento de fonte estrangeira fato suficiente a ensejar a apuração do lucro real. Somente os lucros decorrentes de atividades das filiais, sucursais, agências, etc., e outras unidades descentralizadas da pessoa jurídicas que lhes sejam assemelhadas é que dão ensejo à apuração do lucro real;

- a origem do rendimento, ou sua fonte objetiva, é o local em que é exercido o trabalho ou em que está situado o capital do qual se origina a renda. Assim, rendimento auferido no exterior é aquele proveniente do trabalho realizado no exterior por entidades residentes no exterior, ou do capital situado fora dos limites territoriais. Ou seja, é o rendimento proveniente de fontes objetivas do contribuinte que estejam fora do território nacional;

- daí porque, quando o contribuinte pratica um serviço no Brasil, ainda que a fonte subjetiva (fonte do pagamento) esteja situada no exterior, esse rendimento é gerado no Brasil. Este entendimento é o único compatível com o art. 43 do CTN;

- infere-se que o aspecto relevante que faz nascer a obrigatoriedade de adoção de lucro real é o exercício da atividade no exterior. Assim, na hipótese de uma determinada sociedade domiciliada no Brasil prestar serviço no exterior sem ser por intermédio de filial, sucursal, ou outra unidade assemelhada no exterior, não há que se falar em lucros auferidos no exterior e obrigatoriedade de lucro real. Isto porque o lucro é auferido no Brasil.

8. Cumprida a diligência e garantido o direito ao contribuinte de se manifestar quanto ao resultado desta, a unidade local encaminhou os autos a esta DRJ/Recife para seguimento do julgamento em 10 de maio de 2013 (fl. 2732).

Foi dada ciência, ao Contribuinte, por decurso de prazo de 15 (quinze) dias, a contar da disponibilização do referido acórdão através da Caixa Postal, Modulo e-CAC, do Site da Receita Federal. Assim, tendo sido disponibilizado o documento em 20/12/2013, via e-CAC, restou configurada a ciência do mesmo, por decurso de prazo, em 04/01/2014, nos termos do "Termo de Ciência por Decurso de Prazo", às fls. 2782.

Portanto, a ora recorrente, devidamente cientificada do acórdão por decurso de prazo em 04/01/2014, apresenta Recurso Voluntário, de fls. 2797 e seguintes, em 20/03/2014, portanto, intempestivo.

Por fim, em 07/04/2014, a recorrente protocoliza nestes autos petição de juntada para trazer aos autos cópia da petição inicial do Mandado de Segurança contra ato praticado pelo **ILMO. SR. DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JOÃO PESSOA - PB**, com endereço na Avenida Epitácio Pessoa, n. 1705 - 1º andar, ou quem lhe faça às vezes, integrante da FAZENDA NACIONAL e da UNIÃO FEDERAL, com pedido liminar *inaudita altera parte*.

O referido Mandado de Segurança fora protocolizado em 14/03/2014 junto a Justiça Federal da Subseção Judiciária de João Pessoa - PB, tendo recebido o número 0800802-36.2014.4.05.8200, através do qual a ora recorrente pede àquele juízo federal o que se segue:

(i) o deferimento, *inaudita altera pars*, da medida liminar, com fundamento no inciso III do artigo 7º da Lei nº 12.016/09, para considerá-la intimada da decisão administrativa que julgou parcialmente procedente o auto de infração em 07 de março de 2014, data em que a mesma obteve a primeira vista do acórdão, o que viabiliza o conhecimento e regular processamento do Recurso Voluntário, o prosseguimento da discussão sobre o débito fiscal na esfera administrativa e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional;

(ii) a notificação da Autoridade Coatora, para que prestem as informações, no prazo de 10 (dez) dias, bem como a intimação do representante do Ministério Público Federal, para que profira o seu parecer;

(iii) a citação da União e da Fazenda Nacional, na pessoa do seus representantes legais, para, querendo, ingressar no presente feito;

(iv) a concessão da segurança em definitivo, julgando procedente o pedido do presente *writ*, para invalidar a intimação do acórdão que julgou parcialmente procedente o auto de infração realizada por via eletrônica, devendo a Impetrante ser considerada intimada dessa decisão em 07 de março de 2014, quando efetivamente teve ciência do seu conteúdo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hélio Eduardo de Paiva Araújo

RECURSO DE OFÍCIO

Quanto à admissibilidade do recurso de ofício, deve-se ressaltar o teor do art. 1º da Portaria MF nº 3, de 03/01/2008, publicada no DOU de 07/01/2008, a seguir transcrito:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

No caso em tela, ao somar os valores correspondentes a tributo e multa afastados em primeira instância (fl. 2766), verifico que superam o limite de um milhão de reais, estabelecido pela norma em referência.

Portanto, o recurso de ofício é cabível, e dele conheço

A parcela exonerado pela Órgão *a quo* refere-se à eventual obrigação de apuração pelo sistemática do lucro real para o ano-calendário de 2008.

Por irretocável os argumentos tecidos pelo julgador em 1ª instância, usá-los-ei como fundamento da minha decisão, até mesmo porque a matéria não levanta maiores debates:

"11. De início é devido analisar a questão quanto à obrigatoriedade de apuração pelo lucro real para o ano 2008, haja vista que é matéria prejudicial para a análise das infrações apuradas para o referido ano. Em caso de existir erro na determinação da base de cálculo, todo o lançamento restará prejudicado para o período, independentemente da ocorrência das demais infrações apontadas e consideradas.

12. Consta que o contribuinte prestou serviços de intermediação de vendas de produtos da Motorola à Secretaria Nacional de Segurança Pública, vinculada ao Ministério da Justiça. A venda foi efetuada pela empresa Motorola Industrial Ltda, com sede em Jaguariúna/SP, contudo não efetuou qualquer pagamento a título de comissão à OLM, ainda que celebrado contrato de prestação de serviço.

13. A empresa Motorola Inc, com sede nos Estados Unidos, celebrou em 14 de fevereiro de 2007 um contrato de pagamento de comissão com o sujeito passivo (OLM) em função do contrato 025/2007 celebrado entre a Motorola Industrial e o Ministério da Justiça.

Efetuo o pagamento das comissões através de transferências financeiras do exterior, entre elas uma de R\$ 850.500,00 (em 08 de fevereiro de 2008).

14. Consoante afirmado pela autoridade fiscal no RDF, o recebimento deste rendimento do exterior ensejou a obrigação por parte do sujeito passivo de apurar o IRPJ com base no lucro real no ano 2008:

A empresa OLM Representações Ltda. intermediou a venda de produtos da Motorola, objetivando os Jogos PanAmericanos realizados no Rio de Janeiro em 2007 junto ao Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Segurança Pública (Brasil), recebendo comissão oriunda dos Estados Unidos pelos serviços prestados no Brasil, situação, que a luz do inciso III do art. 14 da Lei nº 9.718/98, a obriga pela tributação com base no lucro real.

15. Efetivamente consta do dispositivo legal mencionado, base do art. 246, III do RIR/99, que as pessoas jurídicas que receberem rendimentos oriundos do exterior estão obrigadas à apuração do lucro real:

Art. 246. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas (Lei nº 9.718, de 1998, art. 14):

(...)

III – que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior.

16. Visando esclarecer o alcance do disposto no referido comando normativo, a Receita Federal expediu o ADI SRF nº 5, de 2001,

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 1998, e tendo em vista o disposto no art. 26 e §§, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; art. 13, § 1º e art. 14, inciso III, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, declara:

Art. 1º A hipótese de obrigatoriedade de tributação com base no lucro real prevista no inciso III do art. 14 da Lei nº 9.718, de 1998, não se aplica à pessoa jurídica que auferir receita da exportação de mercadorias e da prestação direta de serviços no exterior.

Parágrafo único. Não se considera prestação direta de serviços aquela realizada no exterior por intermédio de filiais, sucursais, agências, representações, coligadas, controladas e outras unidades descentralizadas da pessoa jurídica que lhes sejam assemelhadas.

Art. 2º A pessoa jurídica que houver pago o imposto com base no lucro presumido e que, em relação ao mesmo ano-calendário, incorrer em situação de obrigatoriedade de apuração pelo lucro real por ter auferido lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior, deverá apurar o imposto sobre a renda de pessoa jurídica (IRPJ) e a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) sob o regime de apuração pelo lucro real trimestral a partir, inclusive, do trimestre da ocorrência do fato.

17. A autoridade fiscal entende que a interpretação dada pela Receita Federal foi no sentido de que não está obrigada à tributação pelo lucro real a pessoa jurídica que “presta serviço diretamente no exterior (aspecto geográfico) e recebe os rendimentos oriundos pelo serviço prestado do exterior, o que não se aplica ao caso

em discussão, pois a OLM “*não* prestou serviço à Motorola nos Estados Unidos, mas prestou o serviço de intermediação de venda de produtos da Motorola junto à Secretaria Nacional de Segurança Pública no Brasil”.

18. Já o sujeito passivo considera que o referido ADI esclareceu que não há que se falar em rendimentos/lucros auferidos no exterior quando uma determinada sociedade domiciliada no Brasil presta serviço no exterior sem ser por intermédio de filial, sucursal, e assemelhadas. Para ele, a ausência de obrigatoriedade de apuração pelo lucro real resta ainda mais clara quando o serviço é prestado no Brasil, conforme o presente caso, e apenas o recurso do pagamento é oriundo do exterior.

19. Diante dos entendimentos divergentes quanto à interpretação da lei dada pelo ADI antes referido, torna-se necessário um posicionamento deste julgador a fim de solucionar a contenda. É o que passo a fazer.

20. A interpretação dada pela Receita Federal quanto ao que se consideram rendimentos/lucros/ganhos oriundos do exterior para fins de tornar obrigatória a tributação pelo lucro real estabeleceu duas situações de exceção: 1) quando tais receitas decorrem de exportação de mercadorias; ou 2) quando remunerarem prestação direta de serviços no exterior.

20.1. A norma fixou, ainda, o que se entende por prestação direta de serviços no exterior, estabelecendo que é aquela em que a pessoa jurídica não se utiliza de unidades descentralizadas, tais como filiais, sucursais, representações, etc. De forma simplória, a prestação direta ocorre quando a empresa não se utiliza de intermediários localizados no exterior.

21. É possível aferir pelas duas situações de exceção fixadas na norma que o intérprete considerou como condições para a não obrigatoriedade de apuração pelo lucro real que a pessoa jurídica, beneficiária de rendimento do exterior, seja domiciliada no Brasil (aspecto geográfico) e preste diretamente o serviços, sem intermediários sediados fora do país (aspecto de forma de atuação). Em ambos os casos, exportação de mercadorias ou prestação direta de serviços, estão presentes os dois aspectos considerados no ADI: a atuação direta da empresa exportadora/prestadora de serviços e o domicílio no Brasil.

22. Na espécie, o sujeito passivo é domiciliado no Brasil e prestou o serviço diretamente. Contudo, há uma especificidade, qual seja, o rendimento foi proveniente do exterior, mas o serviço foi prestado no Brasil.

23. Ora, tal detalhe não afeta em nada as duas condições estabelecidas na norma, as quais estão presentes. Ademais, se o intérprete entendeu por não tornar obrigatória a tributação pelo lucro real em virtude do recebimento de rendimento oriundo do exterior em função de serviço prestado também no exterior, não se pode entender que se o serviço for prestado no Brasil seja penalizado com um forma de tributação mais gravosa. Seria um contra-senso.

Para confirmar este entendimento, basta atentar pra a situação da exportação especificada na norma, onde o ato é praticado no Brasil (a mercadoria sai do país) e o pagamento é proveniente do exterior.

24. Então, em função do exposto, considero que o sujeito passivo não estava obrigado à tributação pelo lucro real no ano 2008, em dissonância do entendimento da autoridade fiscal.

25. Por conseguinte, há que se considerar improcedentes os lançamentos de IRPJ e CSLL, bem assim os lançamentos de Cofins e PIS, haja vista erro flagrante na da base de cálculo adotada: lucro real para IRPJ, lucro líquido ajustado para CSLL, regime não-cumulativo para PIS e para Cofins. Como o contribuinte optou pela tributação pelo lucro presumido, esta deveria ter sido a base de cálculo considerada nos lançamentos de IRPJ e de CSLL. Além disso, os lançamentos de PIS e Cofins deveriam ter sido apurados no regime cumulativo."

Assim, pelos mesmos fundamentos da decisão *a quo*, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RECURSO VOLUNTÁRIO

O Recurso Voluntário é intempestivo, portanto dele não poderia conhecer.

Contudo, em razão do impetração do Mandado de Segurança de folhas 2846 e segs., entendo que o eventual conhecimento ou não do mesmo dependeria da solução do litígio posto à apreciação daquele juízo, pois caso o contribuinte seja vitorioso lá, o conhecimento do seu Recurso Voluntário estaria garantido neste Colegiado, sob pena de desobediência à ordem judicial.

Portanto, para o deslinde da controvérsia importa saber o resultado do quanto colocado à apreciação do Poder Judiciário via Mandado de Segurança.

Ocorre que em consulta ao sítio eletrônico do TRF da 5ª Região, Seção Judiciária da Paraíba, verifico que o contribuinte desistiu do referido Mandado de Segurança, conforme sentença da lavra da Juíza Federal Substituta da 3ª Vara Federal, a qual homologou, com base no artigo 267, VIII do CPC, a desistência requerida pela interessada e declarou, por força da mesma sentença, extinta a ação.

Confirmo também que o referido Mandado de Segurança transitou em julgado em 13/11/2014, conforme Certidão de Trânsito em Julgado que consta do PJe.

Assim, nos Termos de Ciência por Decurso de Prazo (fls. 2782), foi dada ciência, ao Contribuinte, do Acórdão de Impugnação, por decurso de prazo de 15 dias a contar da disponibilização destes documentos através da Caixa Postal, Modulo e-CAC do Site da Receita Federal.

Tendo sido o referido acórdão disponibilizado na Caixa Postal do Contribuinte em 20/12/2013, deu-se a ciência por decurso de prazo em 04/01/2014.

O Recurso Voluntário foi protocolizado em 20/03/2014, portanto o mesmo é intempestivo, razão pela qual não o conheço.

Diante do exposto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Voluntário.

Processo nº 14751.720285/2011-81
Acórdão n.º **1301-001.922**

S1-C3T1
Fl. 2.886

CONCLUSÃO

Em razão dos acima exposto, conduzo o meu voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso de Ofício e **NÃO CONHECER** do Recurso Voluntário.

Sala de Sessões, 22 de janeiro de 2015.

(documento assinado digitalmente)
Hélio Eduardo de Paiva Araújo, Relator