



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº 15521.000075/2006-82
Recurso nº 158.617 Voluntário
Matéria IRPJ E OUTROS - Ex(s): 2005
Acórdão nº 108-09.781
Sessão de 17 de dezembro de 2008
Recorrente MP SARZEDAS ME
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 2005

LUCRO PRESUMIDO - PERCENTUAL PARA FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ. Não restando devidamente comprovado o exercício de atividade diversa da de prestação de serviço, correta a aplicação do percentual de 32% para fixação da base de cálculo do IRPJ e demais contribuições com base no regime de apuração do lucro presumido.

MULTA DE OFÍCIO. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. Comprovada a prática de conduta dolosa e lesiva ao erário público em razão da utilização do artifício conhecido como 'nota fiscal calçada', caracterizada está a prática de ilícito que justifica a aplicação de multa qualificada de 150% e a conseqüente elaboração da Representação Fiscal para fins Penais.

SIMPLES FEDERAL - LEI 9.317/96 - ATIVIDADE MISTA - SOLICITAÇÃO DE REVISÃO - INTEMPESTIVIDADE. O exercício de qualquer atividade impeditiva, independentemente da participação percentual das receitas provenientes desta atividade no resultado total da pessoa jurídica, veda a adesão ao sistema. Impossível a revisão do Ato Declaratório de exclusão do Simples Federal que não foi impugnado dentro do prazo fixado pela legislação.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2005

ARROLAMENTO DE BENS COMO REQUISITO PARA SEGUIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. Desnecessidade, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade na ADI 1976-7.

PRELIMINARES DE NULIDADE DO ACÓRDÃO E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Incabíveis as preliminares argüidas, tendo em vista que o acórdão recorrido referiu-se expressamente a todas as razões de defesa suscitadas pelo impugnante. Além disso, o sujeito passivo exerceu na plenitude o seu direito de defesa, pois a matéria tributável não continha nenhum grau de dificuldade de entendimento e os fatos foram descritos de forma a não acarretar qualquer margem de dúvidas.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MP SARZEDAS ME.

ACORDAM os membros da OITAVA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO de CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO

Presidente



VALÉRIA CABRAL GÊO VERÇOZA

Relatora

FORMALIZADO EM: 06 FEV 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NELSON LÓSSO FILHO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO, JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA e CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER. Ausentes, momentaneamente, os Conselheiros IRINEU BIANCHI e KAREM JUREIDINI DIAS.



Relatório

A Recorrente teve contra si lavrado auto de infração relativo a Imposto de Renda Pessoa Jurídica ("IRPJ"), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido ("CSLL"), Contribuição para o Programa de Integração Social ("PIS") e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social ("COFINS"), fls. 207 a 228, referentes ao ano-calendário 2004, e devidos em razão da constatação de omissão de receitas verificada através do calçamento de notas fiscais emitidas contra as prefeituras municipais de Rio das Ostras e Macaé, ambas localizadas no estado do Rio de Janeiro.

Ao longo do procedimento fiscal, além da omissão de receita, também ficou constatado que a empresa possui como atividade a prestação de serviços profissionais descritos no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, o que acarretou sua exclusão do Regime do Simples Federal conforme Representação Fiscal de fls. 142 a 150, e Ato Declaratório Executivo nº 10, publicado em 14/08/2006, fls. 151 e 153. Apesar de devidamente intimado acerca da sua exclusão do Simples, conforme carta com aviso de recebimento juntada às fls. 155, o Contribuinte não impugnou tempestivamente esse ato administrativo.

Lavrado o Termo de Verificação Fiscal (fls. 229 a 235), foi formulada também Representação Fiscal para fins Penais através do processo administrativo nº 15521.000139/2006-45, que segue acostado ao presente processo administrativo.

Tendo tomado ciência dos lançamentos, a Recorrente apresentou, tempestivamente, Impugnações, de iguais teores e fundamentos, para cada um dos tributos abrangidos pela autuação. As impugnações foram juntadas às fls. 244 a 420, e trouxeram os seguintes argumentos:

- o auto de infração é nulo, uma vez que o fiscal não tipificou todas as infrações que foram imputadas ao sujeito passivo, violando o art. 10 do Decreto nº 70.235/72, e argumentado também que não houve dolo na conduta praticada pelo mesmo;

- tempestividade da impugnação apresentada contra o Ato Declaratório de exclusão do Simples Federal, e da impropriedade deste, considerando que o contribuinte exerce atividade mista, o que veda sua exclusão do regime favorecido para micro e pequena empresa.

- ultrapassados os argumentos acima, pondera ser indevida a fixação da base de cálculo dos tributos aplicando-se sobre o total da receita bruta auferida o percentual de 32%, tendo em vista que parte desta receita é proveniente do comércio de mercadoria ao qual deveria ser aplicado o percentual de 8%;

- inconstitucionalidade da utilização da Taxa Selic na correção dos débitos;

- ausência de conduta dolosa capaz de configurar ilícito que justifique a aplicação da multa qualificada de 150% e a elaboração do Termo de Representação Fiscal para fins Penais;



- ilegalidade da retenção de talonário fiscal sem termo de apreensão, devolvendo apenas cópia do mesmo ao impugnante;

- que do crédito tributário apurado deveriam ter sido deduzidos os valores efetivamente recolhidos pelo Regime do Simples Federal, conforme demonstrado pelas cópias de guias DARF-Simples acostadas aos autos;

- por fim, requereu a produção de provas com a posterior juntada de documentos e a realização de perícia contábil.

A 2ª Turma da DRJ/RJOI, analisando as argumentações postas pelo Sujeito Passivo, proferiu decisão de fls. 426 a 438, julgando, por unanimidade de votos, parcialmente procedente as impugnações apresentadas, alterando o lançamento apenas no que tange a dedução dos valores recolhidos pelo Contribuinte pela sistemática da Lei nº 9.317/96.

O Acórdão da DRJ afastou as preliminares de nulidade e cerceamento de defesa, reconhecendo que o auditor fiscal tipificou corretamente todas as condutas e penalidade imputadas ao Recorrente, destacando que, os direitos ao contraditório e à ampla defesa foram exercidos em plenitude. Considerando que a atividade do julgador administrativo é vinculada, reconheceu-se a intempestividade das argumentações relativas à exclusão do Contribuinte do Simples Federal, a legalidade da aplicação da Taxa Selic e o correto procedimento de apreensão dos talonários fiscais. Por fim, com base nas provas colacionadas nos autos a DRJ julgou desnecessária a realização de perícia contábil e reconheceu a prática de conduta dolosa e lesiva ao erário público consubstanciada na emissão de 'nota fiscal calçada' – caracterizando omissão de receita.

Contra tal decisão, a Recorrente apresentou, tempestivamente, Recurso Voluntário (fls. 507 a 522), pugnando pela anulação do acórdão, por ofensa ao art. 31 do Decreto nº 70.235/72 e reiterando os argumentos anteriormente apresentados em sua Impugnação.

Às folhas 523 juntou-se termo de arrolamento de bens cujo valor é inferior ao montante de 30% do valor total da autuação.

É o relatório.



Voto

Conselheira VALÉRIA CABRAL GÉO VERÇOZA, Relatora

O recurso voluntário foi tempestivamente apresentado pela recorrente, portanto dele tomo conhecimento.

Inicialmente cumpre lembrar que não é mais cabível discussões acerca do depósito recursal ou arrolamento de bens como condição para seguimento do recurso voluntário. Isso se deve ao fato do julgamento da ADI 1976-7, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 32 da MP 1699-41, posteriormente convertida na Lei nº 10.522/2002, que deu nova redação ao artigo 33, § 2º, do Decreto nº 70.235/72. Portanto, tal exigência deixou de existir como condição para seguimento do recurso voluntário. Assim, dele conheço por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

A recorrente pugna preliminarmente pela nulidade do acórdão recorrido, argumentado que a *“Junta de Revisão Fiscal não atentou para o exato cumprimento do art. 31 do Decreto 70.235/72, porquanto não respondeu expressamente as razões de defesa suscitadas pela recorrente contra todas as exigências.”* Segundo o Recorrente a DRJ não analisou todas as impugnações apresentadas.

Ocorre que o fato de a DRJ ter optado pela elaboração de apenas um acórdão não é suficiente para caracterizar violação ao mencionado art. 31, do Decreto nº 70.235/72, pois apesar de existirem diversas peças de defesa, essas possuem os mesmos fundamentos e as mesmas causas de pedir, diferenciando apenas no que tange a menção ao tributo tratado. Analisando o acórdão recorrido, depreende-se que a DRJ pormenorizou todas as argumentações postas pelo Recorrente, cumprindo a exigência do dispositivo legal.

Também, em sede de preliminar, a Recorrente reitera as argumentações de nulidade do auto de infração pela suposta ausência de tipificação das penalidades aplicadas: *“deixou de indicar como dispositivo infringido o artigo 15, §1º e 2º da lei 9.249/95; indica ainda como dispositivo de multa o parágrafo 3º do artigo 61 da lei 9.430/96, mas não inclui o parágrafo 2º que determina que a multa não extrapolará os 20%”*. Justifica, ainda, seu cerceamento de defesa em razão do indeferimento de produção da prova pericial.

Entretanto, o que se depreende da leitura dos autos é que a Recorrente exerceu em sua plenitude o direito de defesa, não podendo prevalecer seus argumentos. Vejamos:

O art. 15, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.249/95 trata apenas da determinação da base de cálculo para apuração do Imposto de Renda com base no lucro presumido, não se relacionando com a tipificação de qualquer conduta ou infração porventura exercida pelo Contribuinte. Pelo auto de infração a conduta atribuída ao Recorrente é aquela descrita pelo art. 528 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) – omissão de receita: *“Verificada a omissão de receita, o montante omitido será computado para determinação da base de cálculo do imposto devido e do adicional, se for o caso, no período de apuração correspondente, observado o disposto no art. 519.”*



No que tange a omissão do §2º do art. 61 da Lei nº 9.430/96, efetivamente não há qualquer prejuízo a defesa do Recorrente, primeiro porque tal norma apenas fixa o percentual máximo de multa moratória aplicável aos débitos, não se relacionando à tipificação de uma penalidade e segundo pelo simples fato de que à Recorrente foi aplicado o § 3º, dispositivo que trata dos juros de mora o qual não possui qualquer relação com a limitação do § 2º.

Por fim, afirma-se que o indeferimento da perícia contábil não trouxe qualquer prejuízo ao Contribuinte, e serviria apenas para protelar o processo administrativo. Ora, a Recorrente pretendia por meio da perícia contábil comprovar que exercia atividade mista de prestação de serviços e comércio de mercadoria, o que justificaria a segregação do valor da receita bruta para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e demais contribuições recolhidas pela sistemática do lucro presumido. Ocorre que a comprovação de tal fato seria perfeitamente possível através da produção de prova documental, juntando-se aos autos registros contábeis e fiscais capazes de comprovar a compra e revenda dessas mercadorias. Entretanto, apesar da oportunidade, nada foi apresentado pelo Recorrente.

Oportuno destacar que, como bem tratado pelo acórdão recorrido, apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de pleitear a realização de diligências ou perícias, compete à autoridade administrativa, com base no art. 18 do Decreto nº 70.235/72, indeferir aquelas consideradas prescindíveis ou impraticáveis.

Portanto, não houve qualquer prejuízo à Recorrente, tanto é verdade que essa elaborou sua peça de impugnação e subsequente recurso voluntário sem qualquer prejuízo para si, demonstrando, inclusive, os pagamentos efetuados no período. Afastada, portanto, a alegação de cerceamento de defesa e a decorrente nulidade do lançamento.

Ultrapassadas as preliminares, voltamos-nos para análise do mérito do Recurso Voluntário.

Defende a Recorrente ser ilegal a aplicação do percentual de 32% sobre o total da receita omitida, uma vez que conforme se verifica pela cópia das notas fiscais juntadas às fls. 9 a 17, e planilha de fls. 281 e 282, a empresa possui objeto social misto, desempenhando atividades de prestação de serviços e comércio. Assim, sobre a receita omitida e referente a esta última atividade incidiria o percentual de 8% para fixação da base de cálculo em cumprimento a determinação do §2º do art. 15 da já citada Lei nº 9.249/95.

Entretanto, toda a defesa da Recorrente baseia-se na cópia das notas fiscais apresentadas pelas Prefeituras tomadoras dos serviços, notas fiscais inidôneas e por isso incapazes de justificar a revisão do lançamento. Ressaltamos que foi exatamente a apuração das irregularidades nessas notas fiscais que motivaram a autuação do Contribuinte, restando constatado

"significativas divergências entre o conteúdo, valor e usuários dos serviços constantes nas Notas Fiscais nos apresentadas pelas prefeituras circularizadas e aquelas constantes nas Notas Fiscais do talonário nos apresentado pelo fiscalizado, donde se infere tratarem-se de notas 'calçadas'. Visto terem sido confeccionadas pela mesma gráfica e a partir da mesma AIDF nº 2.614 de 08.08.2003." (fls. 230)



Outros fatos também corroboram para o afastamento ou provocam dúvidas quanto às argumentações da Recorrente em relação ao exercício de atividade mista, como: todas as notas fiscais juntadas aos autos são notas exclusivas de prestação de serviços; em consulta ao site da Secretaria de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro é possível obter a ficha cadastral do Contribuinte, a qual informa como data de inscrição deste no cadastro de contribuintes do ICMS o dia 16/03/2007, data bem posterior ao período de apuração abrangido por esse processo administrativo (ano calendário 2004); e por fim o fato de grande parte das mercadorias citadas nas notas fiscais emitidas contra as Prefeituras (feno, palha de arroz, ração) ser diversa daquelas descritas no requerimento de empresário juntado às fls. 273 dos autos (troféus, faixa e rosetas). Ressaltamos que os dois primeiros pontos são fatos que impedem a prática legal do comércio de mercadoria por qualquer tipo de empresa.

No mais, e de acordo com do Termo de Verificação Fiscal de fls. 229 a 235, nem mesmo pela análise dos livros fiscais da empresa foi possível apurar receita decorrente da comercialização de produtos, requisito para utilização do percentual de 8% para definição da base de cálculo do IRPJ e demais tributos reflexos. A Recorrente, mesmo intimada, não trouxe qualquer outra prova que pudesse sustentar sua argumentação.

Em razão disso, não restando devidamente comprovada a prática de atividade comercial pela Recorrente, correta a utilização do art. 15, §3º, alínea 'a', da Lei nº 9.249/95, apurando-se a base de cálculo do IRPJ, e dos demais tributos reflexos, mediante aplicação do percentual de 32% sobre a receita bruta omitida pela Recorrente.

Também não merecem prosperar as argumentações da Recorrente para afastar a aplicação da multa qualificada de 150% e a conseqüente Representação Fiscal para Fins Penais. Segundo as razões do recurso, o lançamento merece ser revisto, pois em momento algum houve a prática de ato doloso ou fraudulento por parte do Contribuinte, sendo que as irregularidades são decorrentes de um sistema tributário caótico e do fato de o contribuinte não ter tido tempo hábil para refazer sua escrita antes do início do procedimento fiscal.

Lembramos mais uma vez qual foi o ilícito caracterizado no presente processo administrativo: omissão de receitas mediante "emissão de nota fiscal calçada". Utilizando termo citado pela própria Recorrente, não são 'necessárias grandes elucubrações mentais' ou mesmo ser um grande conhecedor da legislação tributária, para constatar que a simples emissão de notas fiscais calçadas, por si só, comprova a prática de ato fraudulento cujo objetivo único e exclusivo é a sonegação fiscal.

Foi muito bem fundamentada pelo Termo de Verificação Fiscal (fls. 234) a aplicação da multa qualificada:

"A conduta tomada pelo contribuinte ao emitir 11 (onze) Notas Fiscais relacionadas às suas atividades operacionais em desacordo com aquelas constantes de seu talonário de notas ou mesmo com aquelas cujas receitas foram declaradas ao Fisco, ladeadas aos fatos de ter declarado tão somente e aproximadamente 14,25% de suas receitas ganhas no período (ac 2004), bem assim ao de que tais omissões verificaram-se em 08 (oito) dos doze meses de 2004, mais do que evidencia o intuito fraudulento desprendido pelo fiscalizado nessas condutas, donde se conclui pela incidência do comando contido no inciso II do artigo 44 da Lei 9.430/96, combinado com os artigos 71 e 72 da Lei 4.502/64."



Diante disto, mantenho a aplicação da multa qualificada, por estar devidamente caracterizada a subsunção do fato à norma correspondente .

Por fim, no que tange ao Ato Declaratório de exclusão do Contribuinte do regime do Simples Federal instituído pela Lei nº 9.317/96, reiteramos a posição do acórdão recorrido para reconhecer a intempestividade das alegações da Recorrente. Por oportuno, destacamos que ainda que fosse admitida a análise deste ato declaratório, é pacífico o entendimento de que o exercício de qualquer atividade impeditiva, independentemente da participação percentual das receitas provenientes desta atividade no resultado total da pessoa jurídica, veda a adesão ao sistema, uma vez que não há previsão legal para o pagamento de tributos e contribuições de forma mista, parte pelo sistema tradicional e parte pelo Simples.

Diante de todo o exposto, rejeito as preliminares de nulidade do auto de infração e de cerceamento de defesa e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo, *in totum*, a decisão de primeira instância.

Sala das Sessões - DF, em 17 de dezembro de 2008.



VALÉRIA CABRAL GÉO VERÇOZA