



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 15540.000005/2009-49
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-003.425 – 1ª Turma**
Sessão de 06 de fevereiro de 2018
Matéria MULTA QUALIFICADA. OMISSÃO DE RECEITAS.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COBRAR ASSESSORIA EM COBRANÇA LTDA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2004

NULIDADE. DECISÃO SOBRE MATÉRIA NÃO RECORRIDA.
PRECLUSÃO.

A preclusão, por não ser tema pacífico nesse Tribunal, não pode ser reconhecida de ofício.

MULTA QUALIFICADA. DEMONSTRAÇÃO DO INTUITO FRAUDULENTO.

Além de presentes os elementos que permitiram a configuração da presunção de omissão de receitas, reconhece-se circunstâncias que, reunidas, demonstram a ilicitude do contribuinte, classificada como sonegação, a exemplo da manutenção de expressivos valores à margem da tributação, falta de apresentação das devidas comprovações pelo quando intimado a fazê-lo e dolo na ocultação do seu real domicílio, elegendo-se uma empresa de faixada utilizada como localização de mais de 350 empresas, sem estrutura e funcionamento, em cidade diversa, levando, assim, à qualificação da penalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e por maioria de votos, acordam em rejeitar a preliminar de nulidade parcial da decisão recorrida suscitada de ofício pela conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), a qual restou vencida; vencidos, também, os conselheiros Luís Flávio Neto e Flávio Franco Corrêa. No mérito, por unanimidade de votos, acordam em dar provimento ao recurso. Votou pelas conclusões o conselheiro Flávio Franco Corrêa. Designado para redigir o voto vencedor, quanto à rejeição da preliminar de nulidade parcial, o conselheiro Gerson Macedo Guerra.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

(assinado digitalmente)

Gerson Macedo Guerra – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rêgo, André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra.

Relatório

Tratam-se de **autos de infração** (E-fls. 09 ss.) para a exigência de IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS, COFINS e Contribuição para a Seguridade Social – INSS, no regime do SIMPLES, decorrente da acusação fiscal de (i) omissão de receitas escrituradas entre 29.02.2004 e 31.12.2004, em função da diferença entre depósitos bancários e valores registrados contabilmente, acrescidos de multa qualificada de 150%, e (ii) insuficiência de montantes recolhidos apurada em cruzamento automático de dados entre 31.03.2004 e 31.12.2004, com a imputação de multa de ofício de 75%, conforme detalhado no **Termo de Verificação Fiscal** (E-fls. 14 ss.), transcrito abaixo:

“TERMO DE ESCLARECIMENTOS E DE CONCLUSÃO PARCIAL DE AUDITORIA FISCAL ANEXO AO AUTO DE INFRAÇÃO

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no uso de nossas atribuições legais e na forma do disposto no art. 911, do Decreto no. 3.000, baixado em 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto sobre a Renda), procedemos à ação fiscal junto ao contribuinte acima qualificado, cumprir o que vai em Mandado de Procedimento Fiscal expedido pelo Delegado da Receita Federal em Niterói, no que tange, inicialmente, ao exercício da União de 2005, anocalendarário de 2004.

I. DA AÇÃO FISCAL EMPREENDIDA

Em 6 de setembro de 2007, comparecemos à Rua Dr. Luiz Januário, 262, Centro, Saquarema, Rio de Janeiro, endereço constante do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica — CNPJ, corno sendo o de domicilio fiscal de COBRAR ASSESSORIA EM COBRANÇA LTDA., CNPJ 06.021.788/0001-07, encontrando portas cerradas em horário comercial.

Localizamos, em própria casa, por meio de informação de terceiros, a Sra. FABIANE BELGUES AFFONSO, CPF 004.951.227-77, que devidamente franqueou o acesso da Fiscalização à sala onde supostamente funcionaria a sociedade empresária.

Encontramos em modesta sala unicamente uma mesa e cadeira, com algumas prateleiras vazias.

Foi-nos relatado por Fabiana Belgues Affonso que:

1. A Cobrar Assessoria em Cobrança Ltda. não tinha sua operacionalidade naquele endereço;

2. Que era secretária de JOÃO MIGUEL LIMA ESTEPHANIO, posteriormente identificado como portador da carteira de identidade no. 361468, expedida pelo Ministério da Marinha, CPF 635.040.817-91, casado, engenheiro, domiciliado na Rua Montevideu, 1.190 apto.101, Penha, RJ;

3. Que o endereço era mantido meramente como fachada para aproximadamente 350 empresas;

4. Que a Policia Federal estivera naquele endereço, segundo ela um mês antes, em operação de busca e apreensão.

Contatado por telefone, Joao Miguel Lima Esthephanio, já qualificado, compareceu à Delegacia da Receita Federal em Niterói, apresentando:

1. Recibo assinado por ALUISIO DUARTE THOMAS DE AQUINO, um dos sócios da Cobrar Ltda., que, em síntese atesta que a Cobrar sublocava a referida sala;

2. Documento assinado por Joao Esthephanio no qual afirma ser um mero sublocador de espaço Cobrar;

3. Contrato de sublocação celebrado entre Joao Esthephanio e a Cobrar, representada pelo sócio Aluisio;

4. Mandado de Busca e Apreensão expedido pela 4ª Vara Federal Criminal datado de 9 de julho de 2007.

Em ligação para a repartição, apresentou-se FELIPE P. N. CASTANHEIRA DE SOUZA, como sendo um dos sócios da ora Autuada, informando que o endereço da Cobrar seria na Rua José Clemente, 94 sala 1.205, Centro, Niterói, RJ, para onde enviamos, por Aviso de Recebimento emitido pelos Correios, Termo de Reintimação lavrado em 15/10/2007, com exigência fiscal de apresentação de extratos bancários referente a movimentações efetuadas nas instituições financeiras Bradesco e BCN.

Apresentou o contribuinte os extratos solicitados, justificando que a conta mantida no BCN foi consolidada em uma única conta-corrente quando da incorporação do BCN pelo Bradesco.

Analizados os extratos bancários em sua totalidade, confrontados os valores com os Livros Diário e Razão apresentados, tem-se que:

II. DAS IRREGULARIDADES CONSTATADAS PASSÍVEIS DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO

O lançamento de ofício é efetivado, a fim de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, em virtude de o contribuinte, no curso da ação fiscal, não ter apresentado quaisquer documentações que justificassem o fato de ter registrado, em declaração apresentada para o exercício de 2005, anocalendarário de 2004, valores correspondentes as suas receitas de prestação de serviços em muito inferiores ao volume de créditos movimentados em conta-corrente mantida no Bradesco, deles já expurgados todos os valores cujo histórico não possibilitava à Fiscalização a convicção de que se referiam a receitas operacionais, bem como valores referentes a empréstimos contraídos, estornos, devoluções de CPMF, transferências de mesma titularidade etc.

Foram analisados todos os registros de créditos e de débitos que os extratos bancários continham, sendo desprezados os valores representativos de centavos de real.

Apresentando declaração sob o regime SIMPLES, no ano fiscalizado, contribuinte registrou como sendo o total de suas receitas de prestações de serviços no ano-calendário de 2004, exercício de 2005, o valor de R\$ 195.449,68 (cento e noventa e cinco mil quatrocentos e quarenta e nove reais e sessenta e oito centavos). Apurou-se que o volume de movimentação a crédito da conta bancária da pessoa jurídica (após os necessários expurgos, já referidos) monta R\$ 3.640.226,16 (três milhões seiscentos e quarenta mil duzentos e vinte e seis reais e dezesseis centavos).

O Autuado, intimado a justificar a origem dos recursos depositados na conta-corrente 13.871-1, agência 3071-6, mantida no Bradesco, informa que:

- 1. A empresa tem como atividade a assessoria em cobrança que inclui além de orientação técnica ao Departamentos de Contas a Receber de Terreiros, o serviço efetivo de cobrança;*
- 2. Este serviço inclui o recebimento de duplicatas, endossadas para a Cobrar;*
- 3. Após o recebimento e deduzido, se for o caso, os honorários da cobrança, os valores são repassados aos clientes;*
- 4. Os valores movimentados a crédito também o foram a débito.*

A ora Autuada não apresentou demonstrativos, contratos, recibos, duplicatas, notas-fiscais de prestação de serviços, correspondências, ou quaisquer outros documentos, em apoio à justificativa apresentada.

Obviamente, dos extratos constam valores a débito. Entretanto, tais débitos não mantém correlação com os créditos em magnitude. Os valores de débitos e créditos não são de tal forma semelhantes, que permitam o entendimento de que os créditos deixam de representar receitas operacionais ou valores de origem não comprovada e mantidos à margem do atingimento da Receita Federal, quando da apresentação de declaração por parte do contribuinte, quanto à cobrança de imposto e contribuições.

Via de consequência, conclui-se que o contribuinte deliberadamente omitiu valores referentes a receitas operacionais, já que não apresentou, no curso da ação fiscal, quaisquer documentos referentes aos serviços supostamente prestados, não comprovando a origem dos recursos, tampouco a quais pessoas jurídicas prestou serviços, sejam eles de assessoramento ou cobrança, como afirma.

O contribuinte não apresentou o Livro Caixa. Entretanto, mesmo optando pelo regime de tributação SIMPLES, manteve registros no ano de 2004, em Livros Diário e Razão.

O Livro Razão que contém registros pertinentes ao ano-calendário de 2004, não contém assinaturas de sócios, embora registre a assinatura do contabilista RUY CASTANHEIRA DE SOUZA, CRC 19639-04, CPF 076.242.047-20.

O Livro Diário (ano 2004) contém registro no Cartório do 12º. Ofício de Niterói, e vai assinado por sócio e contabilista.

Da análise do referido Livro verificou-se que:

- 1. Não contém registros de clientes e fornecedores, números de documentação fiscal etc.;*
- 2. Há registros de movimentações no Bradesco, sem identificação do serviço prestado ou da despesa incorrida;*
- 3. Os lançamentos aparecem meramente generalizados, conforme cópias reprográficas por mim devidamente autenticadas, representando a integralidade dos quatro livros apresentados (dois Diários e dois Razões).*

III. DA OMISSÃO DE RECEITAS APURADA E DA BASE DE CALCULO DO LANÇAMENTO DE OFICIO

(...)

IV. DA EXCLUSÃO DE OFICIO DO SIMPLES E DAS CONSEQUÊNCIAS DELA DECORRENTES

Tendo em vista que o contribuinte ultrapassou o limite previsto para utilização de regime de apuração de lucros com base no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, no ano-calendário de 2004, foi procedida a exclusão do contribuinte desse regime de tributação, com efeitos a partir de 1.º de janeiro de 2005, de conformidade com o disposto nos artigos 15 e 16, da Lei 9.317/96, e em consonância com o que preconiza o artigo 24, inciso VI, da Instrução Normativa SRF no. 608, de 9 de janeiro de 2006, por meio do Ato Declaratório no. 04, de 27 de janeiro de 2009, que está contido no Anexo Único deste Processo de no. 15540.000005/2009-49.

A autuação no que tange ao exercício de 2005, ano-calendário de 2004, se dá com base na legislação do SIMPLES.

V. DOS EFETIVOS ELEMENTOS DE PROVA COLHIDOS NO CURSO DA AÇÃO FISCAL

Anexamos ao processo, como elementos de prova, os Termos lavrados e as respostas apresentadas pelo contribuinte, e mais os seguintes documentos:

- 1. Declaração apresentada pela pessoa jurídica referente aos Exercício de 2005, ano-calendário de 2004;*
- 2. Cópias dos extratos bancários da conta-corrente mantida no Bradesco, conforme anteriormente referido;*
- 3. Cópias por mim autenticadas dos Livros Diário e Razão, já descritos, com registros correspondentes ao ano de 2004;*
- 4. Demonstrativos Mensais de Créditos Bancários com Origem de Recursos Não Comprovada;*
- 5. Consolidações dos Créditos Bancários cuja origem não foi comprovada (ano 2004).*

VI. DA APLICABILIDADE DA MULTA PREVISTA NO INCISO II, DO ART. 957, DO RIR199

E sobretudo importante assinalar que a multa de lançamento de ofício em percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) prevista no inciso II, do art. 957, do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999, é aplicada no presente lançamento de ofício, em razão de o contribuinte ter mantido à margem da base de cálculo do IRPJ devido, bem como de contribuições, expressivos valores, o que deixa clara a intenção dolosa da Autuada, caracterizada por sonegação fiscal.

Manteve ainda o contribuinte registro cadastral de domicílio fiscal, junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, em endereço meramente de fachada, o que demonstra a clara e inequívoca intenção em dificultar a ação da Fiscalização, com fito de não ver descoberta a burla à legislação tributária.

(...)

Toma ciência ainda o contribuinte, em mesmo ato, do Ato Declaratório Executivo no. 04, de 27 de janeiro de 2009, que declara a sociedade empresária excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples), com efeitos a partir de 1.º de janeiro de 2005, conforme previsto nos artigos 15 e 16 da Lei no. 9.317, de 1996, e no inciso VI do artigo 24 da Instrução Normativa 608, de 9 de janeiro de 2006, atestando o recebimento de cópia do citado ato.

(...)"

Insurgindo-se, a contribuinte apresentou **impugnação** às e-fls. 588 ss. sustentando, em primeiro lugar, com relação à contribuição previdenciária, que deveria ser excluída da autação, pois seria impossível se considerar que a empresa estaria sujeita ao regime do SIMPLES e, portanto, as calcularia sobre o faturamento, e adicionalmente que deveria ser excluída deste enquadramento por auferir receita superior ao limite global.

Com suas palavras, *“de duas uma: a) Ou a empresa é tributada pelo SIMPLES e neste caso não há débito fiscal a lançar já que é a receita reconhecida como tributável inferior ao limite legal para a opção, (o que sustenta a suplicante). b) Ou a empresa não é considerada como enquadrada no regime SIMPLES e neste caso as contribuições previdenciárias não são calculadas sobre o faturamento, e sim, sobre a folha de pagamento.”*

Esclarece que opera na atividade de cobrança, recebendo títulos de crédito por conta e ordem de terceiros e procedendo às providências necessárias para a sua liquidação, de modo que haveria uma diferença entre *“a) o total do depósito bancário realizado pelo devedor em pagamento do crédito de terceiros representado pelo suplicante. b) A receita auferida pela suplicante que é a diferença entre o valor do depósito e o valor dos seus serviços deduzidos desses depósitos. c) O lucro que é o resultado do valor referido no item anterior diminuído dos custos e despesas operacionais nos limites e condições fixados pela legislação vigente.”*

No entanto, a fiscalização teria considerado estes três itens, que por sua natureza seriam diversos, como equivalentes e teria identificado os depósitos bancários com receita e com o lucro, prática que não poderia substituir, até porque poderia haver "re-apresentação" de cheques que teriam sido tomados neste caso duas ou mesmo três vezes.

Insiste, asism, na realização de *“perícia contraditória indispensável para apuração da matéria de fato”* ou arbitramento do lucro. Leia-se: *“15. Na verdade o auto conta exclusivamente o total dos depósitos bancários, desprezando quaisquer custos ou despesas, operacionais o que significa em termos práticos que deixou de lado os valores lançados na contabilidade por considerá-los imprestáveis para apuração do resultado. 16. Ora mesmo que entendesse desta forma, não se poderia identificar a receita bruta com o lucro. Ao contrário caberia arbitrar o resultado, usando as regras do art. 532 do RIR, ou seja, os percentuais que estão previstos no art. 519 do RIR acrescidos de 20%. Em termos práticos isso significa que o lucro seria o equivalente à 9,6% da receita, ou seja, da base de cálculo adotada para o lançamento e não a totalidade dos ingressos financeiros.”*

Finalmente, defende que aos autos de infração relativos à Contribuição ao PIS e à COFINS deveriam ser cancelados em função de a Lei n. 9718 haver sido julgada inconstitucional em reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo

como sua base de cálculo exclusivamente a receita decorrente da prestação de serviço.

Na sequência, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I proferiu o **acórdão n. 12-37.603** (E-fls. 607 ss.), mantendo o lançamento em questão pelas razões resumidas na seguinte ementa:

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES

Ano-calendário: 2004

PERÍCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS.

A perícia se reserva à elucidação de dúvidas sobre assuntos técnicos que requeiram conhecimentos de profissional especializado, cuja manifestação torna-se necessária à solução do litígio. Sua realização não se justifica quando o fato puder ser demonstrado pela mera juntada de documentos.

APRESENTAÇÃO DE PROVAS.

A prova documental deve ser apresentada juntamente com a impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITO BANCÁRIO.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados na operação.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Aplica-se a insuficiência de recolhimento o mesmo tratamento dispensado à omissão de receita, em razão da relação de causa e efeito que os vincula.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

Logo em seguida, constam nos autos o **Ato Declaratório Executivo n. 04**, de 27 de janeiro de 2009 (E-fls. 621), seguindo a **Representação Fiscal** (E-fls. 619 ss.) anterior sobre a contribuinte ter excedido a receita bruta permitida para sua permanência no regime de apuração simplificado (SIMPLES).

Em face da decisão da DRJ, a contribuinte interpôs **recurso voluntário** (E-fls. 646 ss.) basicamente nos mesmos termos de sua impugnação administrativa, mas desta vez mencionando a questão da qualificação da multa.

Do julgamento do recurso pela Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção resultou o **acórdão n. 1402-00.982** (E-fls. 659 ss.), em que substancialmente se manteve a decisão da instância *a quo*, mas se afastou a qualificação da multa uma vez que não consubstanciada a fraude. Leia-se a sua ementa:

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES

Ano calendário: 2004

PRELIMINAR. NULIDADE DA DECISÃO DE 1A. INSTANCIA.

INOCORRÊNCIA. Não há que se falar em nulidade da decisão de 1ª instância que enfrenta todas as matérias impugnadas e indefere justificadamente pedido de perícia.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITO BANCÁRIO. Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento, em relação aos quais o titular não comprove a origem dos recursos utilizados na operação.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. TRIBUTOS NÃO CONFESSADOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. Verificada insuficiência de recolhimentos, diferenças essas que também não foram confessadas em DCTF, correto o Lançamento de Ofício com a respectiva multa pela infração.

MULTA QUALIFICADA. Incabível a exigência de multa qualificada caso não consubstanciada a fraude, mormente quando a exigência é calcada unicamente em presunção legal.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa ao percentual de 75%, nos termos do voto do Relator, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto Presidente

(assinado digitalmente)

Antônio José Praga de Souza – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio José Praga de Souza, Carlos Pelá, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira e Leonardo de Andrade Couto.”

Contra o referido acórdão, a Fazenda Nacional interpôs **recurso especial** (E-fls. 672 ss.), pretendendo fosse restabelecida a qualificação da multa de ofício para o percentual de 150% diante da defendida evidência de fraude, para o que apresentou os acórdãos n. 203-09.098 e n. 101-96.875 como paradigmas da divergência, sendo recepcionado por **despacho de admissibilidade** às E-fls. 2558 ss.).

Por fim, foram juntados ao processo o **Ato Declaratório Executivo n. 46**, de 22 de Junho de 2015 (E-fls. 714) declarando inapta a inscrição da contribuinte perante o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e a inidoneidade dos documentos fiscais por ela emitidos, bem como **despacho de encaminhamento** (E-fl. 729) registrando que a sua ciência para contrarrazões ou pagamento deu-se via edital diante de tentativas mal sucedidas via postal.

Passa-se, assim, à apreciação do recurso.

Voto Vencido

Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

CONHECIMENTO

O conhecimento do Recurso Especial condiciona-se ao preenchimento de requisitos enumerados pelo artigo 67 do Regimento Interno deste Conselho, que exigem analiticamente a demonstração, no prazo regulamentar do recurso de 15 dias, de (1) existência de interpretação divergente dada à legislação tributária por diferentes câmaras, turma de câmaras, turma especial ou a própria CSRF; (2) legislação interpretada de forma divergente; (3) prequestionamento da matéria, com indicação precisa das peças processuais; (4) duas decisões divergentes por matéria, sendo considerados apenas os dois primeiros paradigmas no caso de apresentação de um número maior, descartando-se os demais; (5) pontos específicos dos paradigmas que diverjam daqueles presentes no acórdão recorrido; além da (6) juntada de cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas, da publicação em que tenha sido divulgado ou de publicação de até 2 ementas, impressas diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União quando retirados da internet, podendo tais ementas, alternativamente, serem reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

Observa-se que a norma ainda determina a imprestabilidade do acórdão utilizado como paradigma que, na data da admissibilidade do recurso especial, contrarie (1) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da Constituição Federal); (2) decisão judicial transitada em julgado (arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil; e (3) Súmula ou Resolução do Pleno do CARF.

Voltando-se então ao caso sob exame, consideram-se preenchidos tais requisitos, razão pela qual se **VOTA POR CONHECER** o recurso especial.

MÉRITO

1. Preliminar de Nulidade

Antes que se adentre na análise do recurso, impende observar que, embora o acórdão recorrido tenha julgado a questão da qualificação da multa, desconstituindo-a, e a decisão da DRJ sobre ela tenha se manifestado sucintamente no último parágrafo de seu voto pela sua manutenção, observa-se da leitura da impugnação, que essa matéria não foi recorrida, tornando preclusa a discussão desde aquele instante.

Voltando-se ao autos, vê-se que a impugnação absolutamente nada menciona sobre a qualificação da multa realizada na autuação.

Por sua vez, a DRJ também nada menciona sobre o tema durante todo o seu voto, com exceção da seguinte conclusão no seu último parágrafo, que interpreto como sendo uma simples manutenção do lançamento, eis que não tratou em suas razões da qualificação da penalidade. Veja-se:

“Conclusão

75 Pelas razões expostas, julgo o lançamento tributário procedente, para manter as exigências fiscais relativas ao IRPJ, à CSLL, ao PIS, à COFINS e ao INSS, sobre as quais deverão incidir juros de mora e multa de ofício de 75%, para a infração I e de 150%, para a infração II.

76 É o voto.” (grifou-se)

Na sequência, em seu recurso voluntário, a contribuinte trouxe uma colocação sobre o tema:

26. Ao lançamento adiciona o autuante a multa agravada de 150% do tributo devido que só é exigível nos casos de “evidente intuito” de existência de dolo, fraude ou sonegação, (art. 957.2 do RIR) matéria de que não se cuida no caso, já que todo o movimento

financeiro encontrava-se contabilizado sendo objeto de depósitos bancários registrados nos Livros e documentos fiscais da suplicante.

Por sua vez, o acórdão recorrido assim decidiu:

“Multa qualificada de 150%

Consoante entendimento pacificado nesta Turma, não é cabível a aplicação da multa qualificada de 150% quando a exigência é calcada exclusivamente em presunção fiscal, no caso de omissão de Receitas com base em depósitos bancários.

Isso porque, a fraude não se presume, deve ser provada o que não ocorreu no presente caso. Constata-se, pois, a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos art. 71 a 73 da 4.502/1964.

Portanto a multa de ofício deve ser reduzida ao percentual de 75%.

Conclusão

Em verdade, na peça recursal, o contribuinte limitou-se a repisar as alegações veiculadas na impugnação que a meu ver foram corretamente enfrentadas na decisão recorrida, pelo que entendo não merecer reparo os fundamentos acima transcritos.

Pelas razões expostas, voto no sentido de rejeitar as preliminares e, no mérito, dou provimento parcial ao recurso para reduzir a multa ao percentual de 75%.”

Independentemente do grau de aprofundamento do recurso voluntário e decisões citadas, não se consegue superar o fato de a matéria não ter sido objeto de recurso pela impugnação, restando preclusa desde então, razão pela qual se entende nula a decisão a *quo* que julgou o recurso voluntário sobre a matéria.

Assim sendo, **VOTA-SE POR RECONHECER A NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO, DESCONSISTINDO-O.**

2. *Qualificação da multa*

Na eventualidade de restar vencida na questão anterior, devolve-se a julgamento com o recurso especial da Fazenda Nacional a qualificação da multa de ofício para o percentual de 150%, já adiantando que entendo pela sua aplicação.

Parte-se das informações constantes do Termo de Verificação Fiscal para se compreender que, para além de presentes os elementos que permitiram a configuração da presunção de omissão de receitas, reconhece-se circunstâncias que, reunidas, demonstram a ilicitude do contribuinte, qualificada como sonegação, nos termos do artigo 957 do RIR/99, com as suas remissões.

Além da manutenção de expressivos valores à margem da tributação; sem apresentar as devidas comprovações quando intimado a fazê-lo, entende-se o dolo de ocultar o seu real domicílio, elegendo uma empresa de faixada utilizada como localização de mais de 350 empresas, sem estrutura e funcionamento, num endereço noutra cidade (Saquarema/RJ), enquanto se teve conhecimento de que funcionava, verdadeiramente, em Niterói, para a prestação de serviços de *factoring*, dentre alguns fatores relatados pelo Termo de Verificação Fiscal, que ora se aproveita:

“I. DA AÇÃO FISCAL EMPREENDIDA

Em 6 de setembro de 2007, comparecemos à Rua Dr. Luiz Januário, 262, Centro, Saquarema, Rio de Janeiro, endereço constante do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica — CNPJ, cujo endereço fiscal de COBRAR ASSESSORIA EM COBRANÇA LTDA., CNPJ 06.021.788/0001-07, encontrando portas cerradas em horário comercial.

Localizamos, em própria casa, por meio de informação de terceiros, a Sra. FABIANE BELGUES AFFONSO, CPF 004.951.227-77, que devidamente franqueou o acesso da Fiscalização à sala onde supostamente funcionaria a sociedade empresária.

Encontramos em modesta sala unicamente uma mesa e cadeira, com algumas prateleiras vazias.

Foi-nos relatado por Fabiana Belgues Affonso que:

- 1. A Cobrar Assessoria em Cobrança Ltda. não tinha sua operacionalidade naquele endereço;*
- 2. Que era secretária de JOÃO MIGUEL LIMA ESTEPHANIO, posteriormente identificado como portador da carteira de identidade no. 361468, expedida pelo*

Ministério da Marinha, CPF 635.040.817-91, casado, engenheiro, domiciliado na Rua Montevideu, 1.190 apto.101, Penha, RJ;

3. Que o endereço era mantido meramente como fachada para aproximadamente 350 empresas;

4. Que a Polícia Federal estivera naquele endereço, segundo ela um mês antes, em operação de busca e apreensão.

Contatado por telefone, Joao Miguel Lima Esthephanio, já qualificado, compareceu à Delegacia da Receita Federal em Niterói, apresentando:

1. Recibo assinado por ALUISIO DUARTE THOMAS DE AQUINO, um dos sócios da Cobrar Ltda., que, em síntese atesta que a Cobrar sublocava a referida sala;

2. Documento assinado por Joao Esthephanio no qual afirma ser um mero sublocador de espaço Cobrar;

3. Contrato de sublocação celebrado entre Joao Esthephanio e a Cobrar, representada pelo sócio Aluisio;

4. Mandado de Busca e Apreensão expedido pela 4ª Vara Federal Criminal datado de 9 de julho de 2007.

Em ligação para a repartição, apresentou-se FELIPE P. N. CASTANHEIRA DE SOUZA, como sendo um dos sócios da ora Autuada, informando que o endereço da Cobrar seria na Rua José Clemente, 94 sala 1.205, Centro, Niterói, RJ, para onde enviamos, por Aviso de Recebimento emitido pelos Correios, Termo de Reintimação lavrado em 15/10/2007, com exigência fiscal de apresentação de extratos bancários referente a movimentações efetuadas nas instituições financeiras Bradesco e BCN.

Apresentou o contribuinte os extratos solicitados, justificando que a conta mantida no BCN foi consolidada em uma única conta-corrente quando da incorporação do BCN pelo Bradesco.

Analisados os extratos bancários em sua totalidade, confrontados os valores com os Livros Diário e Razão apresentados, tem-se que:

II. DAS IRREGULARIDADES CONSTATADAS PASSÍVEIS DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO

O lançamento de ofício é efetivado, a fim de salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, em virtude de o contribuinte, no curso da ação fiscal, não ter apresentado quaisquer documentações que justificassem o fato de ter registrado, em declaração apresentada para o exercício de 2005, anocalendarário de 2004, valores correspondentes as suas receitas de prestação de serviços em muito inferiores ao volume de créditos movimentados em conta-corrente mantida no Bradesco, deles já expurgados todos os valores cujo histórico não possibilitava à Fiscalização a convicção de que se referiam a receitas operacionais, bem como valores referentes a empréstimos contraídos, estornos, devoluções de CPMF, transferências de mesma titularidade etc.

Foram analisados todos os registros de créditos e de débitos que os extratos bancários continham, sendo desprezados os valores representativos de centavos de real.

Apresentando declaração sob o regime SIMPLES, no ano fiscalizado, contribuinte registrou como sendo o total de suas receitas de prestações de serviços no anocalendarário de 2004, exercício de 2005, o valor de R\$ 195.449,68 (cento e noventa e cinco mil quatrocentos e quarenta e nove reais e sessenta e oito centavos). Apurou-se que o volume de movimentação a crédito da conta bancária da pessoa jurídica (após os necessários expurgos, já referidos) monta R\$ 3.640.226,16 (três milhões seiscentos e quarenta mil duzentos e vinte e seis reais e dezesseis centavos).

O Autuado, intimado a justificar a origem dos recursos depositados na conta-corrente 13.871-1, agência 3071-6, mantida no Bradesco, informa que:

1. A empresa tem como atividade a assessoria em cobrança que inclui além de orientação técnica ao Departamentos de Contas a Receber de Terreiros, o serviço efetivo de cobrança;

2. Este serviço inclui o recebimento de duplicatas, endossadas para a Cobrar;

3. Após o recebimento e deduzido, se for o caso, os honorários da cobrança, os valores são repassados aos clientes;

4. Os valores movimentados a crédito também o foram a débito.

A ora Autuada não apresentou demonstrativos, contratos, recibos, duplicatas, notas-fiscais de prestação de serviços, correspondências, ou quaisquer outros documentos, em apoio à justificativa apresentada.

Obviamente, dos extratos constam valores a débito. Entretanto, tais débitos não mantém correlação com os créditos em magnitude. Os valores de débitos e créditos não são de tal forma semelhantes, que permitam o entendimento de que os créditos deixam de representar receitas operacionais ou valores de origem não comprovada e mantidos à margem do atingimento da Receita Federal, quando da apresentação de declaração por parte do contribuinte, quanto à cobrança de imposto e contribuições.

Via de consequência, conclui-se que o contribuinte deliberadamente omitiu valores referentes a receitas operacionais, já que não apresentou, no curso da ação fiscal, quaisquer documentos referentes aos serviços supostamente prestados, não comprovando a origem dos recursos, tampouco a quais pessoas jurídicas prestou serviços, sejam eles de assessoramento ou cobrança, como afirma.

O contribuinte não apresentou o Livro Caixa. Entretanto, mesmo optando pelo regime de tributação SIMPLES, manteve registros no ano de 2004, em Livros Diário e Razão.

O Livro Razão que contém registros pertinentes ao ano-calendário de 2004, não contém assinaturas de sócios, embora registre a assinatura do contabilista RUY CASTANHEIRA DE SOUZA, CRC 19639- 04, CPF 076.242.047-20.

O Livro Diário (ano 2004) contém registro no Cartório do 12º. Ofício de Niterói, e vai assinado por sócio e contabilista.

Da análise do referido Livro verificou-se que:

1. Não contém registros de clientes e fornecedores, números de documentação fiscal etc.;

2. Há registros de movimentações no Bradesco, sem identificação do serviço prestado ou da despesa incorrida;

3. Os lançamentos aparecem meramente generalizados, conforme cópias reprográficas por mim devidamente autenticadas, representando a integralidade dos quatro livros apresentados (dois Diários e dois Razões).”

Por essas razões, vota-se por DAR PROVIMENTO ao recurso da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio

Voto Vencedor

Conselheiro Gerson Macedo Guerra, Redator Designado

Sobre a preliminar de reconhecimento de ofício da preclusão da discussão da matéria qualificação da multa, por ausência de menção na impugnação, tenho posicionamento distinto do posicionamento da i. Relatora.

Analisando friamente o Decreto 70.235/72, a preclusão é tratada no parágrafo §4º, do artigo 16, em relação à juntada de provas posteriormente à impugnação e no artigo 17, sobre a falta de impugnação de determinada matéria, nos seguintes termos:

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Contudo, tratando-se de processo administrativo, onde imperam princípios próprios, até mesmo a preclusão não é matéria pacífica.

Há muitos que aqui nesse tribunal entendem que a preclusão deve ser relativizada, em função do princípio da verdade material, de modo a aceitar provas ou razões em qualquer momento do precesso administrativo.

Digo isso para ilustrar que a matéria preclusão não é pacífica nesse tribunal, de modo que seu reconhecimento pelo julgador demanda discussão acerca de qual entendimento deve prevalecer, a saber: relativiza-se em função do princípio da verdade material ou interpreta-se literalmente a Lei?

Nesse contexto, compreendo que a preclusão, em processo administrativo fiscal, deve ser matéria cuja discussão seja provocada pelas partes, não sendo possível seu reconhecimento de ofício pelo julgador.

Nesse contexto, divirjo da relatora quanto à aplicação da preclusão de ofício.

É como voto quanto a essa matéria.

(assinado digitalmente)

Processo nº 15540.000005/2009-49
Acórdão n.º **9101-003.425**

CSRF-T1
Fl. 746

Gerson Macedo Guerra