



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

Processo nº 15758.000059/2009-69
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 1401-00.707 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de janeiro de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente VIA NOVA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2005

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM. COMPROVAÇÃO.

Caracterizam-se como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

VALES-BENEFÍCIO. CONCEITO DE RECEITA. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO.

Os vales-benefício adquiridos por empresa que presta serviços de coleta, envelopamento, manuseio e entrega de vales transporte tendo como propósito exclusivo de repassar a preço de custo aos clientes e cujo repasse está contratualmente e legalmente bem delimitados nos autos enseja a exclusão desse ingresso do conceito de Receita bruta para efeito do Simples.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO PELA FISCALIZAÇÃO. LEGALIDADE.

À luz do art.44, II, da Lei nº 9.430/96, vigente à época dos fatos geradores, cabia à fiscalização, para fins de qualificação da multa de ofício, comprovar o evidente intuito de fraude. Levando-se em conta a necessidade de o lançamento, pelo caráter vinculado, manter-se nos estritos limites da legalidade, os fundamentos que justificaram a aplicação do percentual de 150% podem ser apreciados de ofício no julgamento, e não apenas as alegações de defesa veiculadas no recurso voluntário.

MULTA DE OFÍCIO. CARÁTER CONFISCATÓRIO.
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF nº 2)

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. Estende-se aos lançamentos decorrentes, no que couber, a decisão prolatada no lançamento matriz, em razão da íntima relação de causa e efeito que os vincula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por DAR provimento PARCIAL ao recurso, nos seguintes termos: I) Por unanimidade de votos, afastar da tributação os ingressos repassados para a aquisição dos vales-transporte e vales-benefício apenas no tocante aos fatos amparados por notas fiscais escrituradas nos livros contábeis; II) Por maioria de votos, DAR provimento para reduzir a multa de 150% para o patamar de 75%. Vencidos os Conselheiros Antonio Bezerra Neto (Relator) e Fernando Luiz Gomes de Mattos. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Jorge Celso Freire da Silva.

(assinado digitalmente)

Jorge Celso Freire da Silva – Presidente e Redator Designado

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Antonio Bezerra Neto, Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Fernando Luiz Gomes de Mattos, Maurício Pereira Faro, Karem Jureidini Dias e Jorge Celso Freire da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 05-26.189, da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre-RS.

Por economia processual, adoto e transcrevo o relatório constante na decisão de primeira instância:

Em 02/2009, decorrente da apuração de receita não-declarada e/ou omitida no ano-calendário de 2005, no âmbito do qual se formularam exigências das espécies tributárias compreendidas na sistemática do Simples Federal, instituído pela Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996 (IRPJ, CSLL, Contribuição ao PIS, Cofins e Contribuição para a Seguridade Social/INSS), tudo seguido da competente impugnação tal como apresentada em 16/03/2009 (fls. 1934/1951).

Do "Termo de Verificação Fiscal", às fls. 1837/1846, extrai-se:

1) No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, e em cumprimento às determinações do Sra. Delegada da Receita Federal do Brasil em Santo André - SP, conforme Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 0811400.2008.00393-6 emitido em 14 de maio de 2008, fiscalizei o imposto SIMPLES, relativo ao ano-calendário de 2005, do contribuinte acima identificado.

2) A fiscalização foi aberta para que fosse realizada a operação movimentação financeira incompatível com a receita declarada, tendo em vista que no ano-calendário de 2005 o fiscalizado teve uma movimentação financeira de R\$ 18.398.108,87, de acordo com os sistemas da Receita Federal, e declarou uma receita bruta acumulada total de R\$ 427.156,02 em sua Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica - SIMPLES, relativa ao ano-calendário de 2005 - exercício de 2006 - PJSI/2006. Anexei a cópia da PJSI/2006 às folhas 03 a 20 deste processo. Verifiquei que o contribuinte fiscalizado declarou em sua PJSI/2006 que auferiu toda sua receita bruta, durante o ano de 2005, no valor de R\$ 427.156,02, proveniente da prestação de serviços (folha 16).

3) Em 19/05/2008 lavrei Termo de Início de Fiscalização, anexo à folha 02 deste processo, intimando o contribuinte fiscalizado a apresentar, os documentos/elementos a seguir discriminados:

a) Cópia autenticada da última alteração contratual consolidada;

b) Livros contábeis e fiscais relativos ao ano de 2005;

c) Documentação bancária contendo os extratos de todas as contas correntes, poupanças e investimentos, relativos aos períodos de janeiro/2005 a dezembro/2005, mantidas nas instituições financeiras a seguir discriminadas: Banco do Brasil SA, Banco Nossa Caixa SA, e Banco do Estado de São Paulo SA - BANESPA. Caso o fiscalizado não possua os extratos solicitados poderá autorizar, por escrito, o acesso aos mesmos por parte da Receita Federal;

d) *Caso a empresa queira constituir um procurador para tratar com a Receita Federal assuntos relativos ao MPF nº 0811400.2008.00393-6, apresentar procuração com firma reconhecida onde sejam delegados poderes ao procurador para assinar Termos, Intimações, Autos de Infrações, e outros documentos relativos à fiscalização que ora se inicia.*

Na ocasião estive no estabelecimento do fiscalizado e atestei que o mesmo se dedica à prestação de serviços de entrega de documentos, em particular vale-benefícios (vale transporte, cartão alimentação, cartão refeição, bilhete único SPTrans), conforme consta na sua PJSI/2006 e no seu contrato social

O sócio-diretor da empresa, Sr. Paulo Rodrigues da Cunha, nos mostrou um sítio da empresa na internet (www.vianovane.com.br) através do qual seus clientes solicitam os vale-benefícios que desejam adquirir, fazem o depósito na conta da empresa fiscalizada do valor referente aos vale-benefícios a serem adquiridos mais a taxa de serviços cobrada pelo fiscalizado, e posteriormente a empresa fiscalizada adquire os vales e os entrega no estabelecimento do adquirente.

4) *No dia 10/06/2008 o contribuinte fiscalizado apresentou os documentos questão discriminados na folha 21 deste processo, a saber:*

a) *Livros Diário, Razão e de Registro de ISS relativos ao ano-calendário de 2005;*

b) *Procuração, anexa à folha 22 deste processo;*

c) *Última alteração contratual consolidada, anexa às folhas 23 a 30 deste processo;*

d) *Extratos dos seguintes bancos:*

• *Banespa, anexos às folhas 31 a 44 deste processo;*

• *do Brasil, anexos às folhas 45 a 84 deste processo;*

• *Nossa Caixa, anexos às folhas 85 a 143 deste processo.*

5) *Analizando-se os extratos bancários do contribuinte fiscalizado, relativos ao ano-calendário de 2005, constatei que o mesmo teve créditos em suas diversas contas bancárias que totalizaram R\$ 17.097.464,72, conforme discriminado às folhas 145 a 152 deste processo.*

6) *No dia 20/06/2008 lavrei Termo de Intimação Fiscal, anexo às folhas 144 a 152 deste processo, intimando o contribuinte fiscalizado a comprovar, no prazo de 20 (vinte) dias, mediante a apresentação de documentação hábil, idônea e coincidente em datas e valores, a origem dos recursos utilizados relativos aos créditos existentes em suas contas bancárias, durante o ano de 2005, que totalizaram R\$ 17.097.464,72.*

7) *No dia 23/07/2008 o contribuinte fiscalizado nos encaminhou documento, anexo à folha 153 deste processo, solicitando prorrogação do prazo por mais 20 (vinte) dias para atender ao Termo de Intimação Fiscal lavrado em 20/06/2008.*

8) No dia 20/08/2008 o contribuinte fiscalizado nos apresentou os documentos discriminados na folha 154 deste processo, a saber:

a) planilhas, anexas às folhas 155 a 165 deste processo, discriminando para cada crédito existente na sua conta no Banco Nossa Caixa S/A, no mês de julho de 2005, as notas fiscais e recibos dos serviços prestados associados ao crédito, bem como a remuneração que lhe coube nos serviços prestados relativo ao crédito citado;

b) notas fiscais e recibos dos serviços prestados associados aos créditos existentes na sua conta no Banco Nossa Caixa S/A, no mês de julho de 2005;

c) solicitou prorrogação do prazo por mais 20 (vinte) dias para atender às demais solicitações existentes no Termo de Intimação Fiscal lavrado em 20/06/2008 (folha 154).

9) No dia 05/09/2008 o contribuinte fiscalizado nos apresentou os documentos discriminados na folha 166 deste processo, a saber:

a) planilhas, anexas às folhas 167 a 231 deste processo, discriminando para cada crédito existente na sua conta no Banco Nossa Caixa S/A, nos meses de agosto, setembro e novembro de 2005, as notas fiscais e recibos dos serviços prestados associados ao crédito, bem como a remuneração que lhe coube nos serviços prestados relativo ao crédito citado;

b) notas fiscais e recibos dos serviços prestados associados aos créditos existentes na sua conta no Banco Nossa Caixa S/A, nos meses de agosto, setembro e novembro de 2005;

c) planilhas, anexas às folhas 232 e 233 deste processo, justificando os créditos existentes na sua conta no Banco Banespa S/A, nos meses de janeiro a novembro de 2005;

d) planilhas, anexas às folhas 234 e 235 deste processo, justificando os créditos existentes na sua conta no Banco do Brasil S/A, no mês de julho de 2005, bem como documentos (notas fiscais e recibos) que os comprovam.

10) No dia 17/09/2008 o contribuinte fiscalizado nos apresentou os documentos discriminados na folha 236 deste processo, a saber:

a) planilhas, anexas às folhas 237 a 297 deste processo, discriminando para cada crédito existente na sua conta no Banco Nossa Caixa S/A, nos meses de junho, outubro e dezembro de 2005, as notas fiscais e recibos dos serviços prestados associados ao crédito, bem como a remuneração que lhe coube nos serviços prestados relativo ao crédito citado;

b) notas fiscais e recibos dos serviços prestados associados aos créditos existentes na sua conta no Banco Nossa Caixa S/A, nos meses de junho, outubro e dezembro de 2005;

c) solicitou prorrogação do prazo por mais 20 (vinte) dias para atender às demais solicitações existentes no Termo de Intimação Fiscal lavrado em 20/06/2008 (folha 236).

11) No dia 14/10/2008 o contribuinte fiscalizado nos apresentou os documentos discriminados na folha 298 deste processo, a saber:

a) planilhas, anexas às folhas 299 a 338 deste processo, discriminando para cada crédito existente na sua conta no Banco Nossa Caixa S/A, nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2005, as notas fiscais e recibos dos serviços prestados associados ao crédito, bem como a remuneração que lhe coube nos serviços prestados relativo ao crédito citado;

b) notas fiscais e recibos dos serviços prestados associados aos créditos existentes na sua conta no Banco Nossa Caixa S/A, nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2005;

c) solicitou prorrogação do prazo por mais 20 (vinte) dias para atender às demais solicitações existentes no Termo de Intimação Fiscal lavrado em 20/06/2008 (folha 298).

12) No dia 04/11/2008 o contribuinte fiscalizado nos apresentou os documentos discriminados na folha 339 deste processo, a saber:

a) planilhas, anexas às folhas 340 a 347 deste processo, discriminando para cada crédito existente na sua conta no Banco Nossa Caixa S/A, no mês de janeiro de 2005, as notas fiscais e recibos dos serviços prestados associados ao crédito, bem como a remuneração que lhe coube nos serviços prestados relativo ao crédito citado;

b) notas fiscais e recibos dos serviços prestados associados aos créditos existentes na sua conta no Banco Nossa Caixa S/A, nos meses de janeiro de 2005;

c) planilhas, anexas às folhas 348 a 361 deste processo, justificando os créditos existentes na sua conta no Banco do Brasil S/A, nos meses de janeiro a junho de 2005 e de agosto a dezembro de 2005, bem como documentos (notas fiscais e recibos) que os comprovam.

13) Analisando-se todos os documentos entregues pelo fiscalizado à Receita Federal, em 20/08/2008, em 05/09/2008, em 17/09/2008, em 14/10/2008 e em 04/11/2008, com o objetivo de justificar os créditos existentes em suas contas bancárias no ano de 2005, verifiquei que:

a) o fiscalizado escriturou nos seus livros contábeis e fiscais apenas a parcela da nota fiscal discriminada como "VALOR TOTAL DOS SERVIÇOS", que na verdade corresponde ao seu lucro bruto. De acordo com a legislação do SIMPLES deveria ter escriturado sua receita bruta (parágrafo 2º do artigo 2º da Lei nº 9.317/1996), que é o valor total da nota fiscal;

b) em todas notas fiscais é citado o processo nº 26095/2004-9 na rubrica "VALOR TOTAL DOS SERVIÇOS";

c) há uma quantidade imensa de serviços prestados pelo fiscalizado durante o ano de 2005, cujos recibos dos pagamentos dos serviços

prestados foram apresentados pelo fiscalizado para comprovar os créditos existentes nas suas contas bancárias, porém não foram emitidas notas fiscais relativas a estes serviços e também os mesmos não foram escriturados nos seus livros contábeis e fiscais. Nas planilhas apresentadas pelo fiscalizado para justificar os créditos existentes em suas contas bancárias, durante o ano de 2005, estes serviços realizados sem nota fiscal aparecem discriminados com número da nota fiscal igual a zero, porém foram discriminados os clientes para os quais foram prestados os serviços bem como apresentados os recibos das vendas realizadas.

14) No dia 04/11/2008 lavrei Termo de Intimação Fiscal, anexo à folha 362 deste processo, intimando o contribuinte fiscalizado a apresentar, no prazo de 5 (cinco) dias, os seguintes documentos:

a) esclarecer o motivo pelo qual não escriturou em seus livros contábeis e fiscais relativos ao ano de 2005, o valor total das notas fiscais emitidas, escriturando apenas a parcela da nota fiscal que denomina de "valor total dos serviços (tributável processo 26095/2004-9)". Qual o embasamento legal para tal procedimento?

b) esclarecer a que se refere o processo 26095/2004-9, citado em todas notas fiscais emitidas pelo fiscalizado durante o ano de 2005. Apresentar cópia da petição inicial do mesmo, decisões, sentença, acórdão, e certidão de objeto e pé relativa ao mesmo;

c) esclarecer o motivo pelo qual não emitiu nota fiscal e não escriturou em seus livros contábeis e fiscais relativos ao ano de 2005, uma quantidade imensa de vendas realizadas durante o ano de 2005, cujos recibos de vendas foram apresentados para comprovar os créditos existentes nas suas contas bancárias. Nas planilhas apresentadas pelo fiscalizado para justificar os créditos existentes em suas contas bancárias, durante o ano de 2005, estas vendas realizadas sem nota fiscal aparecem discriminadas com número da nota fiscal igual a zero, porém foram discriminados os clientes para os quais foram prestados os serviços bem como apresentados os recibos das vendas realizadas.

15) No dia 01/12/2008 o contribuinte fiscalizado nos apresentou os documentos anexos às folhas 363 a 388 deste processo, onde resumidamente diz que:

a) o processo nº 26.095/2004-9 de 14/07/2004 refere-se à solicitação feita pelo fiscalizado junto ao Departamento de Tributos da Prefeitura do Município de Santo André para que pudesse discriminar o valor dos vales-transporte nas suas notas fiscais, destacando o valor dos serviços para cálculo do ISS (folha 368);

b) o pedido do fiscalizado foi deferido pela Prefeitura do Município de Santo André em 20/08/2004 (folha 369);

c) por ocasião da implantação da nota fiscal eletrônica, a fiscalizada tornou a obter a autorização da Prefeitura Municipal de Santo André, em 14/05/2008, através do processo nº 15.538/2008-9 (folha 375);

d) o objeto social da empresa é o ramo de "prestação de serviço de coleta, envelopamento, manuseio e entrega de vales transportes e vales benefícios (distribuição)", e não de venda de vales-transportes e vales-benefícios, cuja compra é por conta e ordem do cliente, conforme cópias dos 4 (quatro)

contratos de prestações de serviços anexos. O cliente efetua o depósito na conta da empresa fiscalizada e esta adquire os vales benefícios conforme solicitação do cliente e executa os serviços de envelopamento, manuseio, separação e entrega dos vales solicitados, cobrando um valor pela execução da prestação de seus serviços;

e) a atividade da empresa se assemelha à atividade de casa lotérica, cuja tributação se dá pela prestação de serviços e não pela venda de bilhetes de loterias, requerendo o mesmo tratamento tributário dado às lotéricas;

j) anexou cópia da nota fiscal nº 918163 emitida em 13/05/2004 pela VB Serviços, Comércio e Administração Ltda, cnpj nº 00.288.916/0001-99, e da nota fiscal nº 158577 emitida em 23/04/2004 pela Ticket Serviços S/A, suas concorrentes, onde são discriminados os valores dos vales e dos serviços separadamente, como o fiscalizado faz.

16) Analisando-se os documentos apresentados pelo fiscalizado à Receita Federal, em 01/12/2008, verifiquei que:

a) a autorização dada pela Prefeitura Municipal de Santo André para o fiscalizado emitir sua nota fiscal de serviços com a discriminação no corpo da nota fiscal do valor dos vales transportes e vales benefícios, sendo somente tributado o ISS sobre o valor dos serviços prestados, não têm qualquer efeito quanto à tributação do SIMPLES;

b) o fiscalizado deveria ter feito uma consulta à Receita Federal visando obter autorização para que pudesse considerar para efeito da receita tributável pelo SIMPLES apenas o valor dos serviços por ele prestados. Segundo informou verbalmente seu sócio-gerente, Paulo Rodrigues da Cunha, não o fez;

c) não encontramos qualquer exceção na legislação do SIMPLES para que possamos considerar, para a empresa fiscalizada, como sua receita bruta apenas a parcela da nota fiscal referente aos serviços prestados;

d) as empresas concorrentes do fiscalizado na área de distribuição de vales, citadas pelo mesmo no item 15.) deste Termo, fazem sua apuração do imposto de renda pelo lucro real, o que lhes permite deduzir as despesas com as compras dos vales na apuração do seu lucro;

e) quando o fiscalizado optou pelo SIMPLES deveria emitir nota fiscal em seu nome apenas com o valor dos serviços por ele prestados, e repassar ao seu cliente outra nota fiscal emitida diretamente da empresa emitente do vale benefício para seu cliente;

f) por fim o fiscalizado não justificou a quantidade imensa de vendas por ele realizadas de vales benefícios feitas sem a emissão de nota fiscal, conforme atestam os recibos por ele apresentados para justificar sua movimentação bancária. Estas vendas, sem a emissão de nota fiscal, caracterizam crime contra a ordem tributária, de acordo com o artigo 1º da lei nº 8.137/90.

17) Para comprovar a omissão de receitas realizada pelo fiscalizado, durante o ano de 2005, anexei ao presente processo a cópia dos seguintes documentos:

*a) livro Razão Nº 0003, relativo ao ano de 2005 (fls. 389 a 392).
Verifiquei pela conta nº 311.01.0003 de Venda de Serviços que o fiscalizado*

escriturou um total de vendas de serviços, realizadas durante o ano de 2005, no valor de R\$ 405.156,02, conforme discriminado na coluna (2) da planilha - RECEITAS OMITIDAS PELO FISCALIZADO NO ANO DE 2005, anexa à folha 1832 deste processo;

b) livro de Registro do ISS Nº 2, relativo ao ano de 2005 (fls. 393 a 539). Constatei através do mesmo que o fiscalizado escriturou receitas auferidas, provenientes da prestação de serviços, durante o ano de 2005, no valor total de R\$ 436.949,15, conforme discriminado na coluna (1) da planilha - RECEITAS OMITIDAS PELO FISCALIZADO NO ANO DE 2005, anexa à folha 1832 deste processo.

18) DA OMISSÃO DE RECEITAS

Analisei para cada banco onde o fiscalizado manteve conta no ano de 2005 as justificativas dos créditos nas contas destes bancos apresentadas pelo mesmo nas planilhas anexas às folhas 154 a 361 deste processo, bem como a documentação que a embasava.

O banco Nossa Caixa S/A foi aquele onde o fiscalizado teve o maior valor de créditos a justificar durante o ano de 2005, num total de R\$ 15.269.141,50, seguindo-se do banco do Brasil, num total de R\$ 1.762.969,85, e o Banespa, num total de R\$ 65.353,37, perfazendo o total de R\$ 17.097.464,72.

Todos documentos apresentados pelo fiscalizado para justificar os créditos existentes na sua conta do banco Nossa Caixa, relativos aos meses de janeiro e fevereiro de 2005, foram anexados às folhas 540 a 986 deste processo. Os documentos apresentados são de dois tipos:

a) Notas fiscais emitidas pelo fiscalizado onde o mesmo discrimina na descrição dos serviços da nota fiscal todos vales fornecidos, seu valor unitário e valor total, e num item separado o valor do "serviço de envelopamento, manuseio e entrega de cartão convênio alimentação/refeição". O valor total da nota fiscal é a soma dos vales vendidos mais o serviço prestado;

b) Recibos de venda de vale-transporte emitidos pelo fiscalizado onde o mesmo discrimina os tipos de vales vendidos, a quantidade, o valor unitário e o valor dos vales. Em um item à parte discrimina "Relatório/Envelopes/Entregas" e o valor deste, e no final o valor total dos vales, que é a soma dos vales vendidos mais o serviço de envelopes e entregas.

Verifiquei que apenas o valor do "serviço de envelopamento, manuseio e entrega de cartão convênio alimentação/refeição" destacado pelo fiscalizado em cada nota fiscal foi por ele escriturado em seu livro de Registro do ISS, conforme podemos constatar através das cópias do livro citado, anexas às folhas 393 a 539 deste processo.

A maior parte do valor de cada nota fiscal, que corresponde aos vales benefícios fornecidos pelo fiscalizado aos seus clientes, não foi escriturada pelo mesmo em seu livro do ISS, nem considerada como receita bruta em seu livro Razão e na sua PJSI/2006, em desacordo com o estabelecido no parágrafo 2º do art. 2º da lei nº 9.317/96.

A apuração da receita omitida pelo fiscalizado nos seus livros contábeis e fiscais e na sua PJSI/2006 para cada nota fiscal emitida pode ser feita

através das planilhas elaborados pelo próprio fiscalizado para justificar os créditos em suas contas bancárias, anexas às folhas 154 a 361 deste processo. Nestas planilhas o fiscalizado dividiu o valor de cada nota fiscal em duas partes: a que ele chamou de serviço, corresponde ao seu lucro bruto, e é o valor por ele escriturado em seus livros e declarado em sua PJSI/2006; a que ele chamou de itens corresponde ao valor total dos vales benefícios por ele fornecidos aos seus clientes, que não foi por ele escriturado em seus livros contábeis e fiscais e declarado na sua PJSI/2006, sendo, portanto, receita omitida de acordo com o parágrafo 2º do artigo 2º da lei nº 9.317/1996.

As receitas omitidas pelo fiscalizado, relativas às notas fiscais de janeiro e fevereiro de 2005, cujos pagamentos foram creditados no banco Nossa Caixa, podem ser atestadas através das cópias das notas fiscais destes meses anexas às folhas 540 a 986 deste processo. Deixamos de anexar a este processo as cópias das notas fiscais dos meses de março a dezembro de 2005, cujos pagamentos foram creditados no banco Nossa Caixa, bem como a cópia das notas fiscais de todo ano de 2005, cujos pagamentos foram creditados no banco do Brasil, pelo grande volume de documentos que seria trazido ao processo, sem necessidade, uma vez que a omissão das receitas relativas a estas notas pode ser, facilmente, verificada pelas próprias planilhas emitidas pelo fiscalizado, para justificar os créditos em suas contas nos bancos Nossa Caixa e do Brasil, como já citado.

Constatei que todas as vendas de vales benefícios realizadas através dos Recibos de Venda de Vale-Transporte não foram escrituradas pelo fiscalizado em seu livro de Registro do ISS, conforme podemos atestar através das cópias do livro citado anexas às folhas 393 a 539 deste processo. Estas vendas de vales benefícios, sem a emissão de nota fiscal e sem escrituração contábil e fiscal, são comprovadas pelos créditos existentes na conta bancária do fiscalizado, conforme planilhas por ele elaboradas, anexas às folhas 155 a 361 deste processo. Observe-se que nas planilhas elaboradas pelo fiscalizado para justificar os créditos existentes em suas contas correntes (fls. 155 a 361) ele vinculou a cada crédito em sua conta as notas fiscais e recibos de vale-transportes que deram origem ao crédito em tela. Sendo os Recibos de Venda Vale-Transportes emitidos sem nota fiscal, nas planilhas elaboradas pelo fiscalizado toda vez que aparece um Recibo de Venda de Vale Transporte ele o identifica como NF:0, porém cita o CNPJ do adquirente do vale transporte e sua razão social, o que faz com que o vinculemos aos Recibos emitidos.

A prestação de serviço, efetivamente realizada, conforme atestam os Recibos de Venda de Vale-Transporte, bem como os créditos na conta bancária do fiscalizado vinculados a este Recibos, sem o fornecimento de nota fiscal, visando reduzir o tributo (SIMPLES) pago, caracteriza crime contra a ordem tributária de acordo com o inciso V, do artigo 1º da lei nº 8.137/90.

O dolo do contribuinte fiscalizado fica caracterizado pela prática reiterada da emissão de recibos sem nota fiscal, tendo em vista que esta infração foi realizada durante todo ano de 2005. As cópias dos Recibos de Vendas de Vale-Transporte emitidos pelo fiscalizado em janeiro e fevereiro de 2005, cujos créditos foram realizados no banco Nossa Caixa, foram anexadas às folhas 540 a 986 deste processo, junto com as notas fiscais deste período. Já as cópias dos Recibos de Vendas de Vale-Transporte emitidos pelo fiscalizado no período de março a dezembro de 2005, cujos créditos foram realizado no banco Nossa Caixa, foram anexadas às folhas 987 a 1767 deste processo, e as cópias dos Recibos de Vendas de Vale-Transporte emitidos pelo fiscalizado, durante o ano de 2005, cujos

créditos foram realizados no banco do Brasil, foram anexadas às folhas 1768 a 1826 deste processo.

19) *Elaborei para cada banco onde o fiscalizado manteve conta no ano de 2005 uma planilha contendo um resumo dos créditos na conta do fiscalizado durante o ano citado. Para cada mês do ano de 2005 estas planilhas contêm as seguintes informações:*

- a) total de créditos na conta do fiscalizado;*
- b) créditos provenientes da receita de prestação de serviços com a emissão de nota fiscal;*
- c) créditos provenientes da receita de prestação de serviços sem a emissão de notas fiscais, apenas com Recibos;*
- d) créditos excluídos, que correspondem a transferências entre contas do próprio fiscalizado;*
- e) créditos não justificados pelo fiscalizado, que correspondem a documentos não localizados pelo mesmo ou a empréstimos cujos comprovantes não foram apresentados;*
- f) créditos que devem ser tributados, que correspondem à soma dos créditos citados nos itens b), c) e e) acima.*

A planilha contendo o resumo dos créditos na conta do banco Banespa foi anexada à folha 1829 deste processo, aquela contendo o resumo dos créditos no banco do Brasil foi anexada à folha 1830 deste processo, e aquela contendo o resumo dos créditos no banco Nossa Caixa foi anexada à folha 1831 deste processo.

20) *Tendo por base as planilhas contendo o resumo dos créditos nas contas do fiscalizado durante o ano de 2005, em cada banco onde o mesmo manteve conta, anexas às folhas 1829 a 1831 deste processo, elaborei a planilha – RECEITA OMITIDA PELO FISCALIZADO NO ANO DE 2005 - anexa à folha 1832 deste processo, onde discriminei para cada mês do ano de 2005 as seguintes informações:*

- a) receita escriturada pelo fiscalizado no seu livro do ISS;*
- b) receita escriturada pelo fiscalizado no seu livro Razão;*
- c) receita bruta declarada pelo fiscalizado em sua PJSI/2006;*
- d) receita de serviços prestados com a emissão de nota fiscal;*
- e) receita de serviços prestados sem a emissão de nota fiscais, apenas com Recibos;*

f) outros créditos existentes nas contas do fiscalizado não justificados, que correspondem a documentos não localizados pelo mesmo ou a empréstimos cujos comprovantes não foram apresentados;

g) total de receita auferida pelo fiscalizado a ser tributada conforme artigo 42 da lei nº 9.430/1996, que corresponde à soma das receitas discriminadas nos itens d), e) e f) acima;

h) receitas omitidas pelo fiscalizado, que é o resultado da sua receita total auferida (item g) menos a receita declarada na sua PJSI/2006 (item c).

21) No dia 16/01/2009 lavrei Termo de Intimação Fiscal, anexo às folhas 1827 a 1833 deste processo, intimando o contribuinte fiscalizado a apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, os seguintes documentos:

a) cópia autenticada do contrato social vigente no ano de 2005;

b) informar, por escrito, se possui alguma ação judicial que lhe autorize considerar como sua receita bruta para a tributação pelo SIMPLES apenas a parcela da nota fiscal correspondente à prestação de serviços, e não o valor total da nota fiscal conforme estabelece o parágrafo 2º do artigo 2º da lei nº 9.317/96;

c) informar, por escrito, se possui consulta realizada junto à Receita Federal do Brasil que lhe autorize considerar como sua receita bruta para a tributação pelo SIMPLES apenas a parcela da nota fiscal correspondente à prestação de serviços, e não o valor total da nota fiscal conforme estabelece o parágrafo 2º do artigo 2º da lei nº 9.317/96;

d) o fiscalizado justificou R\$ 365.501,43 de créditos existentes em suas contas bancárias durante o ano de 2005, discriminados em planilha anexa a este Termo, como sendo provenientes de empréstimos recebidos. Apresentar os contratos originais destes empréstimos, comprovar a efetividade dos mesmos, juntando cópia dos extratos bancários de quem os forneceu, que registrem tais operações, coincidentes em datas e valores com os contratos de empréstimos, bem como cópia da declaração do imposto de renda de quem os forneceu;

e) justificar / esclarecer quaisquer outros valores que constam da planilha de receitas omitidas que até o momento não foram esclarecidos.

Informei ao contribuinte fiscalizado que se o mesmo não possuisse a ação judicial, citada no item b) do Termo lavrado, ou consulta, citada no item c) daquele Termo, que lhe autorizasse considerar como sua receita bruta para a tributação pelo SIMPLES apenas a parcela da nota fiscal correspondente à prestação de serviços, e também não justificasse os empréstimos citados do item d) daquele Termo, ou outros valores citados no item e) daquele Termo, seria feito o lançamento, através de auto de infração, da omissão das receitas não declaradas em sua PJSI/2006, no valor de R\$ 14.973.541,33, bem como representação fiscal para fins penais pela sonegação relativa às vendas realizadas sem nota fiscal

22) No dia 28/01/2009 o contribuinte fiscalizado nos apresentou os seguintes documentos:

- a) *contrato social da empresa vigente no ano de 2005;*
- b) *documento anexo às folhas 1834 a 1836 deste processo, onde menciona que:*

b. 1) recebeu autorização da Prefeitura Municipal de Santo André para a emissão da nota fiscal de serviços apontando nela o valor dos vales transportes e benefícios a que se refere o serviço prestado, sendo que os valores discriminados não compunham o preço de serviço para tributação como receita bruta pela empresa, sendo a prestação de serviços prestada pela requerente amparada pela legislação municipal e federal (lei nº 9.317/96 e lei complementar nº 123, de 14/12/2006 e na Resolução CGSNº 10, de 28/06/2007);

b.2) a empresa não efetivou consulta junto à Receita Federal do Brasil por entendê-la desnecessária;

b.3) a empresa não tinha acesso aos meios de créditos em instituições bancárias, recorrendo desta forma ao mercado informal para a obtenção dos mesmos.

O fiscalizado não apresentou quaisquer documentos que comprovassem os R\$ 365.501,43 de empréstimos supostamente recebidos que teriam sido creditados em suas contas bancárias, durante o ano de 2005, conforme planilhas com as justificativas de créditos apresentadas pelo fiscalizado anexas às folhas 154 a 361 deste processo.

23) Considerando-se que:

a) o contribuinte fiscalizado teve créditos em suas contas bancárias durante o ano de 2005 no valor total de R\$ 17.097.464,72 conforme atestam os extratos bancários apresentados pelo mesmo durante a fiscalização, anexos a este processo;

b) foi dado ao contribuinte fiscalizado mais de 6 (seis) meses para justificar os créditos em suas contas bancárias durante o ano de 2005. Após análise de toda documentação entregue pelo fiscalizado durante todo este período verifiquei que:

b.1) R\$ 316.181,80 não foram justificados pelo fiscalizado;

b.2) R\$ 365.501,43 foram justificados pelo fiscalizado como sendo empréstimos recebidos, porém não apresentou documentação hábil e idônea que os comprovassem;

b.3) R\$ 3.719.123,36 foram justificados pelo fiscalizado como receita bruta de serviços prestados sem a emissão de nota fiscal, referente a prestação de serviço de entrega de vales transporte e benefícios, não declarados pelo mesmo em sua PJSI/2006, e comprovados através dos Recibos de Vendas anexos a este processo;

b.4) R\$ 10.999.890,76 foram justificados pelo fiscalizado como receita bruta dos serviços prestados com a emissão de nota fiscal, referente a prestação de serviço de entrega de vales transporte e benefícios, sendo que o mesmo declarou em sua PJSI/2006 apenas R\$ 427.156,02, relativo à soma dos valores do seu serviço prestado destacado em suas notas fiscais emitidas;

b.5) R\$ 1.696.767,37 foram justificados pelo fiscalizado como créditos referentes a transferências entre contas do mesmo;

c) o artigo 42 da lei No. 9.430/96 estabelece em seu caput que se caracterizam como omissão de receita os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. O parágrafo 2º do mesmo artigo estabelece que os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeito, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação;

d) o parágrafo 2º do artigo 2º da lei nº 9.317/96 considera como receita bruta, para a tributação pelo Simples, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos;

e) o parágrafo 1º do artigo 4º da Instrução Normativa SRF nº 608, de 9 de janeiro de 2006, estabelece que para fins da receita bruta apurada mensalmente, para tributação pelo Simples, é vedado proceder-se a qualquer outra exclusão em virtude da alíquota incidente ou de tratamento tributário diferenciado (substituição tributária, diferimento, crédito presumido, redução da base de cálculo, isenção) aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo regime tributário das microempresas e das empresas de pequenos porte, de que trata esta Instrução Normativa;

f) o fiscalizado não possui ação judicial ou consulta realizada à Receita Federal que lhe dê respaldo a excluir da sua receita bruta auferida para a tributação pelo Simples, discriminada em suas notas fiscais, o valor dos vales transporte e benefícios que o mesmo adquire e repassa a seus clientes;

Concluo que:

g) o valor de R\$ 316.181,80, relativo a créditos não justificados pelo fiscalizado, discriminado no item 23.b.1) deve ser tributado pelo Simples como omissão de receita por se enquadrar no artigo 42, caput, da lei nº 9.430/96;

h) o valor R\$ 365.501,43, relativo a créditos justificados como empréstimos pelo fiscalizado sem respaldo de documentos, discriminado no item 23.b.2) deve ser tributado pelo Simples como omissão de receita por se enquadrar no artigo 42, caput, da lei nº 9.430/96;

i) o valor de R\$ 3.719.123,36, relativo à receita bruta de serviços prestados pelo fiscalizado sem a emissão de nota fiscal, referente à prestação de serviço de entrega de vales transporte e benefícios, não declarados pelo mesmo em sua PJSI/2006, e comprovados através dos Recibos de Vendas anexos a este processo, discriminado no item 23.b.3) acima, deve ser tributado pelo Simples como omissão de receita por se enquadrar no artigo 42, parágrafo 2º da lei nº 9.430/96;

j) o valor de R\$ 10.572.734,74, relativo à diferença existente entre o valor total das notas fiscais emitidas pelo fiscalizado no ano de 2005 (R\$ 10.999.890,76) e o valor por ele declarado em sua PJSI/2006 (R\$ 427.156,02), que

corresponde ao custo dos vales transporte e benefícios adquiridos pelo fiscalizado e repassados aos seus clientes, que constam das notas fiscais emitidas pelo mesmo, deve ser tributado pelo Simples como omissão de receita de acordo com o parágrafo 2º do artigo 2º da lei nº 9.317/96 c/c o parágrafo 1º do artigo 4º da Instrução Normativa SRF nº 608, de 9 de janeiro de 2006, c/c artigo 42, caput, da lei nº 9.430/96, tendo em vista que o fiscalizado não possui ação judicial e/ou consulta à Receita Federal que lhe isente de tal tributação.

A receita total omitida pelo fiscalizado em sua PJSI/2006, relativa ao ano-calendário de 2005, é de R\$, 14.973.54133, resultado da soma dos valores discriminados nos itens g), h), i) e j) acima, que será lançada através de auto de infração pelo presente processo.

Na planilha RECEITA OMITIDA PELO FISCALIZADO NO ANO DE 2005, por nós elaborada, anexa à folha 1832 deste processo, discriminamos mensalmente os valores das receitas omitidas pelo fiscalizado a serem lançados neste processo.

24) DA MAJORAÇÃO DA MULTA

O artigo 44, inciso 1, § 1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei No. 11.488, de 15/06/2007, estabelece que nos lançamentos de ofício serão aplicadas as seguintes multas:

1- de 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso 1 do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Artigo 71 - Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I -da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

Na fiscalização em tela o contribuinte, de modo reiterado e continuado, deixou de emitir nota fiscal em parte significativa nos serviços por ele realizados durante todo ano de 2005, emitindo apenas Recibos de Venda de Vale-Transporte, conforme já relatado neste Termo. O total de Recibos de Venda de Vale-Transporte . emitidos sem nota fiscal durante o ano de 2005 foi de R\$ 3.719.123,36, conforme planilha anexa à folha 1832 deste processo, e cópias dos Recibos anexas às folhas 540 a 1826.

Ao deixar de emitir nota fiscal relativa aos serviços prestados, bem como deixar de escriturar e declarar as receitas provenientes destes serviços prestados, o fiscalizado incorreu no crime estabelecido no artigo 71 inciso 1, da Lei nº 4.502/64, pois a venda sem nota tem o objetivo de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, ou seja, a prestação de serviços realizados.

Concluo que para todas as vendas de serviços realizadas sem a emissão de nota fiscal, com o intuito de reduzir o tributo pago, deve ser imposto a multa qualificada de 150%. (destaques do original)

Ao final, a exigência pôde ser dividida em dois tópicos: (1) insuficiência de recolhimento sobre os valores de receita originalmente declarados - isso ocorreria em função do realinhamento de alíquotas aplicáveis desde que considerada a receita não ofertada à tributação (seja ela qualificada como omitida, nos termos do caput do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ou simplesmente não-declarada, nos termos do § 2º do mesmo artigo e mesma Lei); e (2) exigências incidentes sobre dita receita não oferecida à tributação.

Daí resultaram as exigências globais nos montantes de, incluídos juros de mora e multa de ofício (75% e 150%): R\$ 274.356,81 de IRPJ; R\$ 274.356,81 de Contribuição ao PIS; R\$ 425.305,85 de CSLL; R\$ 850.611,81 de Cofins; e R\$ 3.612.796,27 de INSS (fl. 1925).

Na sua impugnação ao auto de infração o Contribuinte pondera:

1. *A autuação seria nula, certo que (1) não permitiria identificar a "origem e composição dos débitos lançados" (fl. 1934), bem como (2) não estaria pautada "em fatos reais" (fl. 1934), mas senão em "meras suposições que refletem apenas a interpretação subjetiva do autuante", sem considerar os "dispendiosos esforços da autuada" (fl. 1935) no sentido de fazer demonstrar "a origem da movimentação financeira, detalhando cada cliente e valores repassados para compra em contra própria" (fl. 1943).*

2. *Ao contrário do que entendera a Fiscalização, não poderia ter computado como receita a totalidade de ingresso de numerário em suas contas-correntes bancárias, visto que respondia tão-só às ordens de compra de vale-transporte por parte de seus clientes. De fato, destes cobrava - e daí auferiria receita - o preço do respectivo "serviço de coleta, envelopamento, manuseio e entrega de vales transportes" (fl. 1937). Por outra, tirante a porção dos depósitos bancários que responderiam pelo preço do serviço antes referido, o mais ingressaria em seu patrimônio a título temporário e não de modo definitivo. O tanto quanto lhe era repassado pelos seus clientes para a cobertura do preço de determinada quantidade de vale-transporte seria exatamente o tanto quanto que ele, Contribuinte, repassaria aos emissores destes vales-transporte. Inteligência contrária, como aquela disputada pela Fiscalização, ofenderia o princípio da vedação de confisco, da preservação da empresa e da segurança jurídica. E ainda, nessa mesma linha, argumenta que estaria obrigado, segundo cláusula de termo de credenciamento junto à São Paulo Transporte S/A - SPTrans, a respeitar o "preço da tarifa vigente" (fl. 1942), donde se estimar que do objeto transacionado - vale-transportes - não poderia receber "qualquer vantagem econômica" (fl. 1942). Enfim, que a hipótese seria análoga àquelas objeto da "Consulta nº 190/2008 da SRRF 9ª Região Fiscal", e da "SC nº 78/2008" da 10ª Região Fiscal (fl. 1946):*

SIMPLES NACIONAL. VENDA EM CONSIGNAÇÃO. VEÍCULOS USADOS. É facultado as pessoas jurídicas que vendem veículos em consignação por comissão (contratos de comissão, arts. 693 a 709, do Código Civil) o ingresso no Simples Nacional, por não configurarem estas atividades mera intermediação de negócios. Nesse caso, a receita bruta, para fins de determinação da "base de cálculo" do Simples Nacional, é a diferença entre o valor da receita de venda do veículo e o valor do custo de aquisição - e deve ser tributada pelo Anexo III da Lei Complementar nº 123, de 2006. Dispositivos Legais: Lei Complementar

nº 123, de 2006, art. 3º, § 1º, art. 17, XI, art. 18, §5º, VII; Lei nº 9.716, de 1998, art. 5º; INSRFnº 247, de 2002, art 10, §5º.

SIMPLES NACIONAL. COMPRA E VENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES RECEBIDOS EM CONSIGNAÇÃO. TRIBUTAÇÃO NA FORMA DO ANEXO III. A exploração de atividade de compra e venda de veículos automotores recebidos em consignação, desde que os contratantes preencham as condições previstas nos arts. 693 e 694 do Novo Código Civil (contrato de comissão mercantil) e demais exigências da legislação tributária, não se configura como intermediação de negócios para efeito do disposto no inciso XI do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e não veda o ingresso da empresa no Simples Nacional. A receita bruta decorrente da exploração dessa atividade (diferença verificada entre o preço de venda destacado em nota fiscal e o custo de aquisição constante da nota fiscal de entrada) é tributada na forma do Anexo III da Lei Complementar nº 123, de 2006. Dispositivos Legais: Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 17, XI e § 2º, art. 18, VII; Lei nº 10.406, de 2002, arts. 693 a 709 e arts. 722 a 729; Lei nº 9.716, de 1998, art. 5º; INSRFnº 152, de 1998, arts. 1º e 2º.

4. *Depósitos bancários não se prestariam de meio para identificar renda, como previsto pelo Decreto-Lei nº 2.471, de 1º de setembro de 1988, bem como pelo verbete nº 182 da súmula do ex-TFR.*

5 *As multas aplicadas teriam caráter confiscatório.*

A DRJ, manteve o lançamento, nos termos da ementa abaixo:

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

Ano-calendário: 2005

NULIDADE. INTELIGÊNCIA DA AUTUAÇÃO. Não é nulo a autuação a partir da qual é possível deduzir todos os elementos, bem como sua inter-relação, que concorrem para a composição final da exigência. Mais ainda quando o próprio Contribuinte, antes mesmo da autuação, já demonstrava ciência o iter de dispositivos legais a percorrer de tal ordem a se chegar ao valor devido.

RECEITA NÃO-DECLARADA. OMISSÃO DE RECEITA. EXCESSO DE RECEITA NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES FEDERAL. Caracterizada a hipótese de receita não-declarada e/ou omissão de receita, segue-se a lavratura de auto de infração que trará a exigência dos tributos compreendidos no Simples Federal e não recolhidos, em função do necessário realinhamento das correspondentes alíquotas (à conta, justamente, da receita não-declarada e/ou omitida), mais a exigência daquelas mesmas espécies tributárias incidentes sobre a receita não-declarada e/ou omitida.

LEGALIDADE. Cumpre à Administração aplicar a Lei tributária e a legislação tributária de ofício, sem desbordar para críticas sobre sua constitucionalidade e/ou legalidade.

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho, dessa feita sem pleitear a preliminar de nulidade, repisa os tópicos trazidos anteriormente na impugnação e aduz em complemento:

- Se a Recorrente realizasse simplesmente a compra para revenda dos vales-transporte, como quer fazer parecer na r. decisão de fls. 2.048 a 2060, seus clientes pagariam valor a maior, caso fossem comprar diretamente da SPTrans - São Paulo Transporte S/A ou outra operadora de transporte público, não tendo qualquer benefício, pelo contrário, tendo prejuízo em tal operação.

- Além disso, a Recorrente estaria ferindo cláusula expressa do Termo de Credenciamento para Distribuição de Vales-transporte, conforme transcrito as fls. 2058, que ora transcrevemos:

"8.1 - Fica vedado à "CREDENCIADA" efetuar compras de vales-transportes que lhe propiciem ganhos especulativos".

- Diferente do que foi consignado na r. decisão de fls. 2048 a 2060, notadamente às fls. 2058, a Recorrente não é elemento estranho que se insere na cadeia de produção, distribuição e consumo dos vales-transportes, mas sim, uma empresa idônea que presta serviços de coleta, envelopamento, manuseio e entrega de vales transportes, atividade lícita.

- Ainda, urge ressaltar que, diferente do que foi consignado no r. acórdão nº 05-26.189 de fls. 2048 a 2060, não há confusão por parte da Recorrente no conceito de "receita", apenas consignou que toda sua movimentação bancária não poderia ser considerada como "receita" tributável, por que representam meros ingressos temporários em seu patrimônio, sem acréscimo nos ativos ou decréscimos nos passivos. Cita então doutrina para corroborar o seu conceito de receita.

- Por fim, alega o caráter confiscatório da multa de 150%. Chama a atenção para a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, atentando contra o patrimônio do contribuinte-recorrente, em contrariedade a preceptivo constitucional federal.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Antonio Bezerra Neto, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, trata-se de contribuinte optante pelo Simples Nacional, autuado por ter omitido receita no ano-calendário de 2005, isso com base em sua movimentação bancária (art. 42 da Lei nº 9.430/96, reenquadrando-a assim em novas faixas de tributação do Simples).

A fiscalização foi aberta em face da verificação de incompatibilidade entre a receita declarada (R\$ 427.156,02), tendo em vista que no ano-calendário de 2005 o fiscalizado teve uma movimentação financeira de R\$ 18.398.108,87, de acordo com os sistemas da Receita Federal. Após a entrega dos extratos bancários através de autorização do contribuinte identificou-se o montante de depósitos a serem justificados de R\$ 17.097.464,72.

O autuante elaborou para cada banco onde o fiscalizado manteve conta no ano de 2005 uma planilha contendo um resumo dos créditos na conta do fiscalizado durante o ano citado, contendo as seguintes informações:

- a) total de créditos na conta do fiscalizado;
- b) créditos provenientes da receita de prestação de serviços com a emissão de nota fiscal;
- c) créditos provenientes da receita de prestação de serviços sem a emissão de notas fiscais, apenas com Recibos;
- d) créditos excluídos, que correspondem a transferências entre contas do próprio fiscalizado;
- e) créditos não justificados pelo fiscalizado, que correspondem a documentos não localizados pelo mesmo ou a empréstimos cujos comprovantes não foram apresentados;
- f) créditos que devem ser tributados, que correspondem à soma dos créditos citados nos itens b), c) e e) acima.

Depósitos a serem comprovados	Justificativa do Contribuinte	Aceito pela Fiscalização	Recorrido (S/N)

		(S/N)?	
316.181,80	Não justificados de forma alguma	N	N
365.501,43	Justificados como Empréstimos, mas sem respaldo em documentos	N	N
3.719.123,36	Não declarados e justificados através de Recibos sem emissão de notas fiscais – alegação de receita de terceiros	N	S
10.572.734,74	Não declarados, mas justificados através de Notas Fiscais – alegação de receita de terceiros	N	S
1.696.767,37	Transferência entre contas da própria Recorrente	S	-
TOTAL 16.670.308,70			

DELIMITAÇÃO DA LIDE

Dessa forma, do Total de depósitos identificados pelos extratos bancários a justificar e não declarados totalizando o valor de R\$16.670.308,70 (17.097.464,72 - 427.156,02), o valor de R\$ 14.973.541,33 foi considerado pela fiscalização como não justificados e, portanto, como omissão de receitas o valor de **RS 14.973.541,33**.

Não faz parte da lide por não ter sido contestado na impugnação e no recurso voluntário, os depósitos de R\$ 365.501,43 que foram inicialmente justificados à fiscalização como empréstimos, mas não foi aceita a justificativa, por falta de comprovação documental, bem assim também não faz parte da lide o valor de 316.181,80, que nem ao menos foi justificado, a teor do art. 42 da Lei n. 9430/96.

A lide, portanto, circunscreve-se ao referido valor (**RS 14.291.858,10** = 14.973.541,33 – 316.181,80 - 365.501,43), acrescidos de multa e juros.

MÉRITO

É sabido que a legislação de regência do SIMPLES (art. 18 da Lei nº 9.317/96) determina que se aplicam à microempresa e à empresa de pequeno porte todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições de que trata esta Lei, desde que apuráveis com base nos livros e documentos a que estiverem obrigadas aquelas pessoas jurídicas.

O art. 42, da Lei nº 9.430/1996, por sua vez, é aplicável ao caso, sendo cristalino ao determinar que a omissão de receitas pode ser caracterizada por meio de valores creditados em conta de depósito mantida junto à instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Toda a defesa da recorrente converge para a tentativa de afirmar que aquela movimentação bancária realizada **apesar de se constituir em ingressos, não se constitui em receita.**

Eis suas próprias palavras:

De fato, o agente fiscal reconhece a atividade exercida pela Recorrente, descrevendo precisamente as fls. 2049 da r. decisão, como sendo "*a prestação de serviços de entrega de documentos, em particular vale-benefícios (vale transporte, cartão alimentação, cartão refeição, bilhete único SPTrans)*"

Assim, não há o que se falar em "compra para revenda dos ditos "vales-transportes", como consignado de forma equivocada no r. acórdão as fls. 2060.

O fato é que a Recorrente, como amplamente exposto na sua peça de impugnação, tem como objeto social a prestação de serviço de coleta, envelopamento, manuseio e entrega de vales transportes (CNAE: 53.20-2-01 - Serviços de malote não realizados pelo Correio Nacional), através do qual a atividade empresarial consiste em três etapas que se efetivam, senão vejamos:

1º) o cliente da recorrente faz o pedido dos vales-transporte através do site, onde é calculado o valor referente aos vales, bem como da prestação de serviços. Após, o cliente efetua o depósito do valor total, inclusive fio dos vales-transporte, na conta da recorrente;

2º) a quantidade de vale-transporte solicitada é adquirida pela recorrente conforme solicitação do cliente junto a SPTrans - São Paulo transporte, pelo mesmo valor cobrado do cliente

3º) a recorrente executa o serviço de envelopamento, separação e entrega aos empregados do cliente-empregador.

Assim, verifica-se que a Recorrente não compra para revenda os vales-transporte, apenas adquire junto à SPTrans - São Paulo Transporte S/A ou outra operadora de transporte público os vales-transporte em nome do seu cliente, motivo pelo qual não deve ser considerado faturamento todo o ingresso financeiro em sua conta corrente, mas apenas e tão-somente o valor cobrado para prestação do seu serviço, correspondente a 3% (três por cento), em média, do valor do pedido de cada cliente, acrescido da entrega/frete, dependendo do local.

Ora, se a Recorrente realizasse simplesmente a compra para revenda dos vales-transporte, como quer fazer parecer na r. decisão de fls. 2.048 a 2060, seus clientes pagariam valor a maior, caso fossem comprar diretamente da SPTrans - São Paulo Transporte S/A ou outra operadora de transporte público, não tendo qualquer benefício, pelo contrário, tendo prejuízo em tal operação.

Além disso, a Recorrente estaria ferindo cláusula expressa do Termo de Credenciamento para Distribuição de Vales-transporte, conforme transcrito as fls. 2058, que ora transcrevemos:

"8.1 - Fica vedado à 'CREDENCIADA' efetuar compras de vales-transportes que lhe propiciem ganhos especulativos".

De acordo com o art. 224 e parágrafo único do RIR/1999, a receita bruta das vendas ou serviços compreende "*o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos condicionais concedidos*". (grifei)

Segundo José Antonio Minatel em seu livro "O Conteúdo do conceito de receita", ed. MP, São Paulo: Saraiva, 2005, p.180, o conceito de receita:

(...) pressupõe conteúdo material de mensuração instantânea, revelado pelo ingresso de recursos financeiros decorrente de esforço ou exercício de atividade empresarial, materializadora de disponibilidade pessoal para quem aufera que não guarda relação de pertinência que permita confrontá-lo com qualquer operação antecedente, contrariamente ao que sucede com valor da operação de produtos industrializados e de mercadorias.

Em outro ponto Jose Antonio Minatel destaca por fim, ponto relevante do conteúdo do conceito de Receita:

"O ingresso financeiro é um dos atributos que permitem qualificar o conteúdo material da receita, mas nem todo ingresso tem natureza de receita. É preciso caráter de definitividade da quantia ingressada, e que tenha como causa o exercício de atividade empresarial."

Como se vê, receita pressupõe conteúdo material de mensuração instantânea, significando dizer que o ingresso de numerário no patrimônio precisa acontecer de modo definitivo.

A DRJ refuta esse conceituação, afirmando que apesar de se tratar de elemento novo, isso acontece tão-somente da perspectiva estática, pois definitivo seria lucro ou renda.

Eis as suas palavras:

Sobre este último aspecto, não rende melhor sorte o argumento do Contribuinte tendente a caracterizar como receita o ingresso de numerário no patrimônio que assim se fizesse de modo definitivo. Receita é, sem dúvida, elemento novo e positivo no patrimônio, mas, tão-somente de um ponto de vista estático, certo que dinamicamente, novo mesmo, positivo mesmo (ou até negativo) e, agora sim, com pretensão de definitividade, é a renda apurada num dado lapso de tempo. A se admitir a concepção do Contribuinte o conceito de receita - como aquele numerário que venha a integrar o patrimônio da entidade - a confusão com o conceito de renda

é evidente. Acréscimo, o que se soma/agrega ao patrimônio, é a renda (ou prejuízo), não a receita, já que esta última, no tempo, isto é, dinamicamente, tem parcela comprometida para fazer frente aos respectivos custos/despesas.

De fato, o confronto de receita com custos de operações anteriores é o mesmo que transformar receita em lucro, porém não é isso que percebemos que tenha acontecido no caso concreto.

O que se constata é que os ingressos financeiros em referência estão sempre atrelados a um repasse a ser efetuado a terceiros a fim de adquirir os vales-transporte. Ora, um ingresso financeiro é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar receita. É preciso que a esse pressuposto seja acrescido uma outra nota relevante, qual seja, que exista a mínima possibilidade de esses ingressos por si sós se reverterem em acréscimo patrimonial. Ora, mas isso não acontece justamente porque os referidos ingressos já têm endereço certo sem margem para especulação em cima do mesmo, pois existem contratos entre a Recorrente e seus clientes deixando assente essa questão. Nesse passo, o registro do ingresso financeiro no ativo deve ter como contrapartida registro imediato em conta do passivo, como obrigação da Via Nova, jamais podendo transitar como conta de resultado.

Na verdade, tais contratos muito se assemelham aos contratos de comissão, podendo pelo contexto, serem equiparados, uma vez que seus clientes autorizam a compra desses vales junto aos órgãos competentes, ou seja, junto à operadora do sistema de transporte público coletivo e participasse do sistema de transporte coletivo

Outrossim, apesar de não existir um regramento específico como acontece em outras atividade que autorize tal exclusão da receita bruta, como acontece nas operações em consignação de pagamento ou mesmo no caso de revenda de carros usados a situação que se cuida está muito bem delimitada **contratualmente** e até mesmo **legalmente** que a receita não é da recorrente, havendo jurisprudência administrativa do CARF nesse sentido, senão vejamos.

Contratualmente, a Recorrente estaria ferindo cláusula expressa do Termo de Credenciamento para Distribuição de Vales-transporte, conforme transcrito as fls. 2058:

"8.1 - Fica vedado à "CREDENCIADA" efetuar compras de vales-transportes que lhe propiciem ganhos especulativos".

Acrescente-se que o próprio Termo de Credenciamento junto à SPTrans também veda expressamente o repasse de valores acima do valor da tarifa praticada:

Termo de Credenciamento da SPTrans

Cláusula Quarta - Das Obrigações da Credenciada

4.5. Efetuara distribuição dos Vales-Transportes, no formato de papel, ao preço da tarifa vigente.

4.6.2. Os serviços adicionais prestados pela "CREDENCIADA" a seus clientes, vinculados à distribuição dos Vales-Transporte, serão realizados por sua exclusiva conta e risco, ficando a "SPTRANS" totalmente isenta de responsabilidades, a qualquer título, em relação a tais serviços.

CLÁUSULA DÉCIMA - DA RESCISÃO

10.1.5- Venda de Vales-Transporte, peia "CREDENCIADA", por preço diverso da tarifa em vigor no Sistema Municipal de Transportes Coletivos, na data de sua realização.

Legalmente, o regulamento da Lei do Vale-Transporte também veda expressamente o repasse de valores acima do valor da tarifa praticada:

Decreto nº 95.247/1987 - Regulamento da Lei do Vaie-Transporte

Art. 14. A empresa operadora do sistema de transporte coletivo público fica obrigada **a emitir e comercializar o Vale-Transporte ao preço da tarifa vigente**, colocando-o à disposição dos empregadores em geral e assumindo os custos dessa obrigação, sem repassá-los para a tarifa dos serviços. (...)

§ 3o A delegação ou transferência da atribuição de emitir e comercializar o Vale-Transporte não elide a proibição de repassar os custos respectivos para a tarifa dos serviços

Portanto, a receita e, por conseguinte, o lucro/acréscimo patrimonial da Recorrente não deriva do repasse dos vales-transporte adquiridos por seus Clientes Empregadores, mas sim da prestação dos denominados "serviços adicionais", previstos no Termo de Credenciamento, é que agregam valor aos seus clientes.

Em contraposição a isso tudo, alega a DRJ que se equiparação se pode fazer no caso que se cuida é apenas em relação ao concessionário, o franqueado, ou ainda o distribuidor por intermediação, certo que, Recorrente compra os vales-transporte da São Paulo Transporte S.A. - SPTrans para os revender aos seus clientes, assim como acontece com os outros objeto-mercância que ela transaciona.

Por outras palavras, à luz do entendimento da DRJ, para que os "Vales-transporte" não sejam considerados objeto de mercância seria preciso que a Recorrente fosse operadora do sistema de transporte público coletivo e participasse do sistema de transporte coletivo, situação em que aí sim se justificaria o não reconhecimento de receita, pois não estaríamos diante de uma usual operação de compra e venda, em que a operadora do sistema deixa de reconhecer receita na aquisição dos "Vales" por parte dos empregadores, sendo procrastinado esse reconhecimento para o momento do resgate dos "Vales". É que nesse caso, por imposição legal, a operadora do sistema de transporte ficaria limitada exclusivamente à cobrança daquele preço pré-estabelecido.

A DRJ, citando Fábio Ulhoa Coelho, afirma que não existe possibilidade dos referidos contratos serem equiparados à contrato típico de comissão mercantil, contrato este cujo vínculo contratual:

(...) em que um empresário (comissário) se obriga a realizar negócios mercantis por conta de outro (comitente), mas em nome próprio, assumindo, portanto, perante terceiros responsabilidade pessoal pelos atos praticados. O comissário concretiza transações comerciais do interesse do comitente, mas este não participa dos negócios, podendo até permanecer incógnito. (...) Acentue-se que as negociações levadas a efeito pelo comissário atendem, na verdade, aos interesses do comitente, sendo, por esta razão, empreendidas por conta e risco deste último. Assim, todos os riscos comerciais do negócio cabem, em princípio ao comitente.

Verificada a inadimplência do terceiro, as consequências decorrentes serão suportadas pelo comitente. (grifei)

A esse mesmo respeito cabe transcrever as inquirições da DRJ:

No caso, cabe perguntar: este Contribuinte, na sua relação com a São Paulo Transporte S.A. - SPTrans, ao transacionar o objeto "vales-transporte", executa contrato de comissão mercantil? Ou, de modo equivalente, este Contribuinte está na posição de comissário e a São Paulo Transporte S.A. - SPTrans na de comitente? A resposta: não. E por que não? Porque o Contribuinte, como antes visto, compra para revender os ditos "vales-transporte", quando, fosse mesmo o caso de comissão mercantil, tal não sucederia. Como bem alertou a fiscalização - e, aí sim, estaria bem caracterizada a hipótese de comissão mercantil -, o Contribuinte deveria "emitir nota fiscal em seu nome apenas com o valor dos serviços por ele prestados, e repassar ao seu cliente outra nota fiscal emitida diretamente da empresa emitente do vale benefício para seu cliente" (fl. 1840).

Na verdade, penso que a equação da inquirição acima deveria ser invertida. Temos também de perguntar na relação Recorrente, ainda como comissário, mas agora os seus clientes como comitente e não mais a SPTrans, se o contrato entre eles teriam a natureza de comissão mercantil, a resposta nesse caso, por equiparação, seria sim. Afinal apenas pelo fato de os clientes (comitente) não terem procurado a Recorrente (comissário) para encetar um contrato com natureza assemelhada a um mandato por si só não pode descaracterizá-lo, pois isso é um elemento acessório e não essencial do negócio jurídico, afeito muito mais à motivação. Outro aspecto que poderia levantar dúvida quanto à equiparação seria o grau de responsabilização. Nesse passo, então se pergunta, o comitente (Clientes da Recorrente) assumiriam alguma responsabilidade no caso de haver algum problema na transação perpetrada pela Recorrente de aquisição dos vales com a SPTrans? Embora a resposta aqui seja "não", o fato é que não estamos diante de um mandato, onde a responsabilização é absoluta, mas de uma equiparação a um contrato de comissão, onde essa responsabilização é em grau menor, portanto, a coerência ainda permanece.

A fiscalização descaracterizou a hipótese de comissão mercantil, pois o Contribuinte deveria *"emitir nota fiscal em seu nome apenas com o valor dos serviços por ele prestados, e repassar ao seu cliente outra nota fiscal emitida diretamente da empresa emitente do vale benefício para seu cliente"* (fl. 1840).

Ora, esse erro formal por si só não autoriza à Fiscalização mudar a natureza jurídica do negócio, mormente quando tal procedimento foi permitido pelo fisco municipal através de resposta à consulta feita pela Recorrente.

Por outras palavras, ainda que a terminologia utilizada nos documentos relativos à aquisição dos Vales-Transporte se referiam à "compra e venda", não altera a natureza jurídica nem descaracteriza a operação.

Outrossim, o art. 17 da IN SRF nº 480/2004 que trata da tributação na fonte de PIS, COFINS e CSLL na aquisição de vales-transporte e assemelhados pela Administração Pública reconhece que a base de cálculo para a incidência seria apenas o valor da corretagem ou da comissão destacada na Nota Fiscal de Serviço caso os pagamentos sejam efetuados a intermediários, corroborando ainda mais com a tese da Recorrente.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso para afastar da tributação os ingressos repassados para a aquisição dos vales-transporte e vales-benefício tão somente no caso em que há notas fiscais escrituradas nos livros contábeis.

Isso quer dizer que as vendas de vales transporte e vales-benefício realizadas sem emissão de notas fiscais, através apenas dos Recibos de Venda de Vale-Transporte e não tendo sido escrituradas pelo fiscalizado em seu livro de Registro do ISS, são consideradas omissão de receitas não se enquadrando na discussão acima trata e incidindo sobre sua base a multa qualificada.

Multa confiscatória

Deixo de entrar na questão da qualificação da multa, pois a matéria não foi enfrentada pela Recorrente, limitando-se a enfrentar o aspecto confiscatório da mesma.

Sobre a arguição de ser confiscatória a multa aplicada, cumpre gizar que ao julgador administrativo, que se encontra totalmente vinculado aos ditames legais, mormente quando do exercício do controle de legalidade do lançamento tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN), não é dado apreciar questões – como a de que a multa fiscal seria confiscatória – que importem a negação de vigência e eficácia do preceito legal válido e vigente. Tal prática encontra óbice, inclusive na Súmulas nº 2 deste E. Primeiro Conselho de Contribuintes, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. (PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010).

Lançamentos Reflexos

Por estarem sustentados na mesma matéria fática, os mesmos fundamentos devem nortear a manutenção parcial das exigências lançadas por via reflexa, com a ressalva de que o provimento parcial pode implicar em reconstituição das alíquotas que foram alteradas em função das novas faixas de receitas. Cabe ao órgão executor verificar esse aspecto.

Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso para afastar da tributação os ingressos repassados para a aquisição dos vales-transporte e vales-benefício tão somente no caso em que há notas fiscais escrituradas nos livros contábeis (R\$ 10.572.734,74- Principal).

(assinado digitalmente)

Antonio Bezerra Neto

Voto Vencedor

Conselheiro Jorge Celso Freire da Silva, Redator Designado.

A divergência a justificar este voto vencedor restringe-se à qualificação da multa de ofício, cujos fundamentos, no entender da maioria, puderam ser apreciados de ofício sob o argumento de a atividade de lançamento ser vinculada, devendo-se ater aos limites da legalidade. A alegação posta no recurso voluntário acerca do seu suposto caráter confiscatório já foi devidamente equacionada no respeitável voto do Relator, Cons. Antonio Bezerra Neto.

No Termo de Verificação Fiscal (fls.1.837/1.846), após discorrer sobre as condutas que levaram à constatação da omissão de receitas, a autoridade fazendária, em tópico específico, assim fundamentou a aplicação do percentual de 150% para a penalidade:

[...] O artigo 44, inciso I, §1º, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo artigo 14 da Lei Nº 11.488, de 15/06/2007, estabelece que nos lançamentos de ofício serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Artigo 71 - Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

Na fiscalização em tela o contribuinte, de modo reiterado e continuado, deixou de emitir nota fiscal em parte significativa nos serviços por ele realizados durante todo ano de 2005, emitindo apenas Recibos de Venda de Vale-Transporte, conforme já relatado neste Termo. O total de Recibos de Venda de Vale-Transporte emitidos sem nota fiscal durante o ano de 2005 foi de R\$ 3.719.123,36, conforme planilha anexa à folha 1832 deste processo, e cópias dos Recibos anexas às folhas 540 a 1826.

Ao deixar de emitir nota fiscal relativa aos serviços prestados, bem como deixar de escriturar e declarar as receitas provenientes destes serviços prestados, o fiscalizado incorreu no crime estabelecido no artigo 71 inciso I, da Lei nº 4.502/64, pois a venda sem nota tem o objetivo de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, ou seja, a prestação de serviços realizados.

Concluo que para todas as vendas de serviços realizadas sem a emissão de nota fiscal, com o intuito de reduzir o tributo pago, deve ser imposto a multa qualificada de 150% [...].

Uma primeira observação se impõe. Considerando os fatos geradores ocorridos em 2005, a nova redação do art.44 da Lei nº 9.430/96, conferida definitivamente pela Lei nº 11.488/07, aplicar-se-ia se fosse mais favorável ao sujeito passivo, o que não é o caso. Basta entender que, na atualidade, é suficiente para a qualificação da multa de ofício a caracterização, em tese, de uma das condutas previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, como parece ter entendido a autoridade responsável pelos lançamentos. Antes, porém, o dispositivo legal exigia da fiscalização algo mais, que comprovasse o “*evidente intuito de fraude*” do contribuinte. Vejamos:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (destaquei)

Assim, deveria a fiscalização ter carreado aos autos provas suficientes sobre a intenção fraudulenta do contribuinte de indevidamente se esquivar da tributação.

Não se desconhece a reiterada falta de emissão de nota fiscal e de escrituração, a ensejar a exigência dos valores não recolhidos aos cofres públicos à época própria, inclusive acrescidos de multa de ofício. Contudo, à vista do relato fiscal, não se pode ultrapassar, com a devida licença aos demais Conselheiros que tão bem expressaram seus votos em sentido contrário, a caracterização de uma simples omissão de receitas, ainda que significativa quando considerada a totalidade dos serviços prestados em 2005.

Incide na espécie o Enunciado nº 14 da súmula de jurisprudência predominante no CARF, de observância obrigatória pelos membros deste Conselho (art.72 do Anexo II do Regimento Interno):

A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo.

Pelo exposto, voto no sentido de reduzir a multa de ofício ao patamar de 75% (setenta e cinco por cento).

(assinado digitalmente)
Jorge Celso Freire da Silva
Redator Designado

Processo nº 15758.000059/2009-69
Acórdão n.º **1401-00.707**

S1-C4T1
Fl. 2.118

CÓPIA