



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

Processo n° 18470.722107/2011-01
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 1402-001.228 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de novembro de 2012
Matéria AUTO DE INFRACAO - IRPJ e Reflexos
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ABEINSA BRASIL PROJETOS E CONSTRUCOES LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012

LUCRO PRESUMIDO. IMPEDIMENTO À OPÇÃO. LIMITE DE RECEITA. EMPRESA INATIVA. INOCORRÊNCIA. Para efeito de aferição do limite de receita bruta por mês de atividade da empresa, para adoção do lucro presumido, o fato de não ser auferida receita em determinado período não é suficiente para deduzir que a empresa esteja inativa.

Recurso de ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, 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.

Relatório

A 1ª. TURMA DA DRJ RIO DE JANEIRO I – RJ, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF), recorre a este Conselho em face da decisão de primeira instância administrativa, que julgou procedente a exigência ABEINSA BRASIL PROJETOS E CONSTRUCOES LTDA.

Transcrevo e adoto o relatório da decisão recorrida:

Tem origem o presente processo no auto de infração de fls. 48/56, lavrado pela DRF Rio de Janeiro 2 - RJ, contra Abeinsa Brasil Projetos e Construções Ltda, relativo ao ano calendário 2006, para exigir, pela sistemática do lucro real, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL no valor de R\$ 6.591.315,69, acrescida de multa proporcional de 75% e de juros de mora.

Conforme consta do auto de infração e do Termo de Constatação Fiscal de fls. 44/47, foi apurado que o autuado adotou indevidamente a sistemática de tributação do lucro presumido no ano-calendário 2006, já que no ano anterior auferira receita superior ao limite estabelecido pelo art. 46 da Lei nº 10.637/2002, que é de R\$ 4 milhões por mês em atividade. Segundo a fiscalização, o autuado só esteve em atividade no último trimestre de 2005, uma vez que só emitiu sua primeira nota fiscal de serviços em dezembro e sua receita bruta foi de R\$ 37.512.202,82.

Tendo em vista que a empresa possuía contabilidade regular e por entender que o arbitramento de lucro é modalidade excepcional que só se aplica quando esgotadas as possibilidades de apurar o lucro real, a fiscalização apurou a CSLL devida de 2006 através do lucro real, com base no balanço e balancetes mensais fornecidos pelo autuado, e dela subtraiu a quantia já declarada pelo lucro presumido.

Cientificado da autuação em 29.03.2011 (fl. 56), o autuado apresentou, em 28.04.2011, a impugnação de fls. 198/234, com as seguintes alegações, em síntese:

A fiscalização pautou-se em presunção, ignorou a documentação apresentada para demonstrar o início das atividades e não se empenhou em verificar em que meses o autuado desenvolveu atividades;

Explicou como se desenvolvem as atividades necessárias à preparação de proposta para construção, manutenção e operação de linhas de transmissão de energia elétrica e como atuou no leilão da Aneel;

Desde março de 2005 já desenvolvia análise, seleção e contratação de fornecedores de equipamentos, de materiais e de prestadores de serviços de engenharia, conforme contratos ora juntados, celebrados naquele mês;

A partir daí, celebrou contratos, recebeu propostas de fornecimento de equipamentos e materiais e de prestação de serviços, gerenciou medições e faturamentos de fornecedores e de prestadores de serviços, analisou as especificações técnicas dos projetos, coordenou reuniões com fornecedores, prestadores de serviços e clientes, etc, conforme atestam as cópias dos mais de 200 documentos ora acostadas, separadas por mês, de abril a dezembro de 2005;

Portanto, no período verificado entre a assinatura do contrato de concessão (15.3.2005) e o término do ano-calendário de 2005, desenvolveu ininterruptamente as atividades de gerenciamento e de coordenação da construção das instalações de transmissão de energia elétrica, atividades que somente se encerraram quando da entrega das linhas de transmissão devidamente energizadas;

O conceito de atividade não se restringe ao faturamento, que somente ocorreu em dezembro de 2005, quando teve início a fase de execução das obras de construção civil;

Como começou suas atividades no 1º trimestre de 2005, sua receita não excedeu o limite legal mensal, portanto, podia optar pelo lucro presumido em 2006;

O percentual da multa de ofício é abusivo; e

A taxa Selic não pode incidir sobre créditos de natureza tributária e, muito menos, sobre a multa de ofício.

A decisão recorrida está assim ementada:

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

Ano-calendário: 2006

LUCRO PRESUMIDO. IMPEDIMENTO À OPÇÃO. LIMITE DE RECEITA. EMPRESA INATIVA. Para efeito de aferição do limite de receita bruta por mês de atividade da empresa, para adoção do lucro presumido, o fato de não ser auferida receita em determinado período não é suficiente para deduzir que a empresa esteja inativa.

LUCRO PRESUMIDO. IMPEDIMENTO À OPÇÃO. LUCRO ARBITRADO. Quando constatado que o contribuinte optou indevidamente pelo lucro presumido, a fiscalização deve, obrigatoriamente, arbitrar o lucro.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. REQUISITOS ESSENCIAIS. DEMONSTRAÇÃO DO QUANTUM. A determinação da matéria tributável e o cálculo do montante do tributo devido, são requisitos indispensáveis ao lançamento de ofício, sem os quais é inválida a exigência.

Impugnação Procedente.

Ato contínuo, o processo foi encaminhado a este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Jose Praga de Souza, Relator.

O recurso de ofício preenche os requisitos legais e regimentais para sua admissibilidade, dele conheço.

Vejamos os fundamentos da decisão recorrida:

A conclusão da fiscalização de que o autuado só iniciara suas atividades no 4º trimestre de 2005 foi explicada pelo fato de ele só ter emitido a primeira nota fiscal de serviços prestados no mês de dezembro.

Todavia, o fato de uma empresa não auferir receita em determinado período não implica, necessariamente, que ela esteja inativa. São outros os fatores que determinam se a pessoa jurídica está ativa ou inativa, segundo a definição estabelecida pela Instrução Normativa SRF nº 591/2005 (atualmente, pela IN SRF Instrução Normativa RFB nº 1.103/2010), a seguir reproduzida:

“**Art. 2º** Considera-se pessoa jurídica inativa aquela que não tenha efetuado qualquer atividade operacional, não-operacional, financeira ou patrimonial durante todo o ano-calendário.

Parágrafo único. A pessoa jurídica que tenha realizado qualquer tipo de aplicação no mercado financeiro será considerada ativa.”

No caso aqui discutido, os três contratos de engenharia e de fornecimento celebrados em março de 2005 (fls. 330/380), em que a empresa autuada é signatária e parte interveniente-anuente, por si sós, já demonstram que ela estava em atividade desde aquele mês.

O autuado também juntou à defesa diversos outros documentos, tais como especificações técnicas de materiais, cartas, guias de remessa de documentos, contratos de fornecimento, contrato de estudos geotécnicos, faturas de serviços contratados, cotações de preços, propostas de execução de serviços, projeto executivo, propostas de fornecimento, contratos de prestação de serviços, contrato de terraplanagem, cartas convite, proposta comercial, contratos de construção e montagem, contrato de obras civis e montagem eletromecânica, agendamento de visitas técnicas e reuniões, lista de materiais, comunicados de liberação de material, memórias de cálculo, medições de serviço, planilha de preço, proposta de fabricação e proposta de execução de projeto.

O exame desses documentos deixa muito claro que autuado realizou atividades operacionais em todos os meses, desde março até novembro de 2005, o que contraria o entendimento da fiscalização de que as atividades tivessem começado no 4º trimestre e, por consequência, invalida o alegado impedimento de adoção pela sistemática do lucro presumido em 2006.

Assim sendo, é forçoso cancelar o lançamento.

Ademais, caso se confirmasse a opção indevida pelo lucro presumido, a fiscalização deveria, obrigatoriamente, aplicar o regime de tributação do lucro arbitrado e não o do lucro real (como consta do auto de infração), por expressa determinação legal. É o que dispõe o artigo 47 da Lei nº 8.981/95, aqui reproduzido:

“Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando:

I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

- a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou
- b) determinar o lucro real.

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de cumprir o disposto no § 1º do art. 76 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958;

(.....)

VII - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.” (grifei)

O comando inserto no inciso IV independe da existência de contabilidade regular ou da possibilidade de apuração do lucro real, que foram as justificativas dadas pela fiscalização para tributar pelo lucro real. A presença desses dois fatores pode afastar a aplicação dos incisos I a III, mas não inibe a aplicação do inciso IV, por se tratar de causas diferentes de arbitramento. Certamente, as causas de arbitramento instituídas pela lei não são cumulativas, pois, se assim fosse, o fisco não poderia, por exemplo, arbitrar o lucro de qualquer pessoa jurídica que tivesse optado pelo lucro real, diante da não ocorrência da situação descrita no inciso IV.

Quisesse o legislador que, além da opção indevida pelo lucro presumido, fosse necessária a imprestabilidade da escrituração para determinar o arbitramento do lucro, teria feito constar a condição no dispositivo legal.

A forma de tributação adotada pela fiscalização invalida, irremediavelmente, o auto de infração.

Por fim, mesmo que houvesse fundamento para invalidar a apuração pelo lucro presumido e fosse devida a utilização do lucro real, seria necessário que a fiscalização demonstrasse a origem dos valores da CSLL devida que indicou no auto de infração, por força do artigo 142 do CTN (Lei nº 5.172/66), que estabelece que, na constituição do crédito tributário pelo lançamento, a autoridade administrativa deve “*determinar a matéria tributável*” e “*calcular o montante do tributo devido*”. No presente caso, a apuração da CSLL não foi demonstrada no auto de infração ou no Termo de Constatação Fiscal, nem em outras peças dos autos, e, além disso, os valores também não constam do balanço ou balancetes mensais (fls. 132/156), com base nos quais a fiscalização afirmou ter apurado a CSLL.

Processo nº 18470.722107/2011-01
Acórdão n.º 1402-001.228

S1-C4T2
Fl. 0

A instrução do lançamento tem por fim, também, garantir o devido processo legal, pois só assim podem o contribuinte e os órgãos julgadores certificar-se da correção do quantum do tributo cobrado. Ante a ausência do requisito essencial, não pode prosperar o lançamento.

(...)"

Consoante acima fundamentado, estou plenamente convencido de que a empresa iniciou suas operações em março/2005, haja vista os contratos de prestação de serviço de fis. 330 a 380. O fato de ter auferido receitas, pelo regime de caixa, apenas em dezembro/2005, não autoriza a inferência de que somente esse mês deve ser considerado para fins de determinação do limite para enquadramento no Lucro Presumido.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)
Antônio José Praga de Souza