

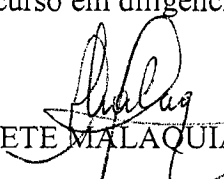


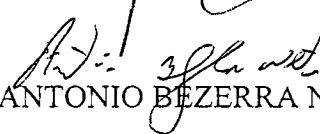
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 19515.001139/2007-83
Recurso nº 165406
Resolução nº 1401-00.026 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de agosto de 2009
Matéria IRPJ e OUTROS - Ex.: 2003
Recorrente EXPERTISE COMUNICAÇÃO TOTAL S/C LTDA (RESPONSÁVEIS:
Dagoberto Tenaglia Junior, CPF 103.031.678-31, Evandro Luis Silva Amidini,
CPF 083.412.608-75 e Rose Mary de Paula, CPF 083.277.228-32)
Recorrida 4ª TURMA/DRJ- SÃO PAULO/SP I

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto do relator.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO - Presidente


ANTONIO BEZERRA NETO - Relator

EDITADO EM: 02 OUT 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente), Antonio Bezerra Neto, Karem Jureidini Dias (Vice-Presidente), Alexandre Antônio Alkmim Teixeira, Nelso Kichel (Suplente Convocado) e Silvana Rescigno Guerra Barreto (Suplente Convocada).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário contra o Acórdão nº 16-16.180, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I-SP.

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

“O interessado foi autuado no IRPJ e seus reflexos, em 14/06/2007, por via postal, em relação a fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2002, em conformidade com o Decreto nº 70.235/72 e suas alterações, em razão de omissão de receitas, tendo tido o seu LUCRO ARBITRADO em virtude de seu livro Caixa não possuir *“lançamentos que possibilitem identificar a escrituração das Notas Fiscais de prestação de Serviços emitidas, e nem lançamentos que possibilitem identificar sua efetiva movimentação financeira, inclusive bancária”* (sic).

O arbitramento foi efetuado com base na receita bruta conhecida, com a aplicação do coeficiente de 38,40%.

A receita bruta foi apurada por meio de circularização junto aos clientes, ocasião em que foi solicitada a relação de todos os pagamentos efetuados ao interessado no ano-calendário de 2002 acompanhada das cópias autenticadas das Notas Fiscais emitidas pelo interessado, complementada (nos casos de omissão ou não localização dos clientes) pelo exame das DIRFs obtidas nos sistemas da SRFB, em vista da apreensão, por ordem judicial, de caixas que conteriam as notas fiscais, dentre outros documentos do interessado.

Foram utilizados no cálculo da receita bruta os valores totais das Notas Fiscais.

Os arts. 530, inciso II, 532 e 537 do RIR/99 fundamentaram o lançamento, tendo sido exigido o crédito tributário total de R\$ 4.078.115,34, incluindo imposto, contribuições, multas de 150% e juros de mora calculados até 31/05/2007 (fls. 1 a 8.453, especialmente da 8.420 em diante).

A multa qualificada de 150% decorreu de a fiscalização ter constatado fatos que, em tese, configuram crime de sonegação fiscal e crime contra a ordem tributária, tendo sido lavrada a competente Representação Fiscal Para Fins Penais no processo de nº 19515.001416/2007-58, em apenso, no qual foi atribuída Responsabilidade Tributária aos sócios à época dos fatos, a saber: Dagoberto Tenaglia Junior, CPF 103.031.678-31, Luis Silva Amidini, CPF 083.412.608-75 e Rose Mary de Paula, CPF 083.277.228-32 (fls. 1 a 6 do volume apenso).

A empresa apresentou impugnação, em 16/07/2007 (fls. 8.481 a 8.522), por meio de sua advogada (fls. 6 a 15, 8.522 a 8.534), assim descrevendo suas atividades e alegando, em resumo, que:

DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES.

1 - foi contratada “pelas empresas intimadas no âmbito deste procedimento administrativo, para desenvolver uma campanha interna, com os empregados, prestadores de serviços e/ou colaboradores das contratantes, estabelecendo prêmios para aqueles que atingissem as metas previamente propostas, quer sejam metas relacionadas com a produtividade ou com a assiduidade, quer sejam critérios específicos estabelecidos pela empresa (cf. contratos anexos)”;

2 - “Implantadas as campanhas, a Impugnante recebia a indicação dos premiados e os valores dos prêmios, que eram disponibilizados por meio de um cartão magnético denominado Expert Card. Cada premiado, com o uso do cartão magnético, usufrui deste prêmio livremente no comércio em geral. Esclarece-se que os critérios da premiação sempre são estabelecidos pelas empresas contratantes que, reitera-se, apenas encaminham a relação dos premiados e os valores dos prêmios para a Impugnante”;

3 - “As notas fiscais emitidas pela Impugnante contemplavam, portanto, o valor dos prêmios a serem distribuídos e o valor dos serviços prestados, que correspondiam a um percentual sobre o valor dos prêmios”;

4 - “As notas fiscais destacavam, inclusive, as parcelas tributáveis e não tributáveis dos valores pagos pelo cliente”.

ALEGAÇÕES.

1 - não houve omissão de receita, pois “as importâncias entregues à Impugnante pelos clientes, para serem distribuídas nos cartões dos premiados, objeto de campanhas de marketing de incentivo, não constituem receita da Impugnante e, portanto, não integram a base de cálculo” do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS;

2 - a situação da impugnante é a mesma das agências de publicidade, que cobram, além dos seus honorários, também os valores devidos aos veículos de divulgação e outras despesas, cabendo, então, a aplicação do art. 651 do RIR/99:

“Art. 651. Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de um e meio por cento, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas (Lei nº 7.450, de 1985, art. 53, Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, art. 8º, e Lei nº 9.064, de 1995, art. 6º):

I - a título de comissões, corretagens ou qualquer outra remuneração pela representação comercial ou pela mediação na realização de negócios civis e comerciais;

II - por serviços de propaganda e publicidade.

§ 1º No caso do inciso II, excluem-se da base de cálculo as importâncias pagas diretamente ou repassadas a empresas de rádio e televisão, jornais e revistas, atribuída à pessoa jurídica pagadora e à beneficiária responsabilidade solidária pela comprovação da efetiva realização dos serviços (Lei nº 7.450, de 1985, art. 53, parágrafo único).

(...)”

3 - a diferença de situação em relação à impugnante é que essa forma de cobrança está prevista na legislação que regula a atividade das agências de publicidade, ao passo que o trabalho da impugnante não tem regulamentação legal própria;

4 - a impugnante só pode ser tributada pelos valores pagos pelos clientes a título de honorários, ou seja, por suas receitas decorrentes da prestação de serviços; transcreve doutrina, legislação municipal de São Paulo e jurisprudência judicial e administrativa para respaldar sua tese, fazendo, também, analogia com a situação de empresas de trabalho temporário; transcreve, também, soluções de consulta relativas a agências de publicidade e a empresas de trabalho temporário;

5 - além disso, a impugnante adota o regime de caixa, de forma que nem todos os valores constantes das notas fiscais são receita na data de sua emissão;

6 - diz também que “Ao ser intimada no início do procedimento fiscal, a Impugnante esclareceu ... que as notas fiscais relativas ao ano-calendário de 2002 emitidas até 29/08/02, foram objeto de apreensão judicial, por ordem da lavra do MM. Juiz Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Porto Alegre, proferida nos autos nº 2002.71.00.027157-4 (fls. 8420)” conforme fls. 51 a 53;

7 - algumas notas fiscais obtidas não têm valor jurídico, pois são cópias de “espelhos” das notas fiscais, como diz uma tomadora dos serviços (fls. 3.646 a 3.655) para os quais não há previsão legal e tampouco controle do Fisco, conforme jurisprudência administrativa;

8 - a par disso, nos casos de omissão dos tomadores, a fiscalização utilizou as DIRF's que, isoladamente, não respaldam o crédito tributário, conforme jurisprudência administrativa, além de que alguns valores declarados em DIRF's estão incorretos, como prova o cotejo com as notas fiscais referentes à cooperativa Cooplantec e às empresas Portokoll S/A, LG Eletrônicos de São Paulo Ltda., Artkte Brasil Telecom Ltda., SPF Engenharia Ltda., S/A Auto Elétrica Sael, Texto S/A Informática e Automação de Escritórios, Colégio Augusto Laranja Ltda. e Sun Microsystems do Brasil Ind. e Com. Ltda., às fls. 8.368, 8.371, 8.376 a 8.378, 8.389, 8.395 e 8.399;

9 - não ocorreu ainda a restituição das notas fiscais anteriores a 29/08/2002, que permanecem apreendidas e as de setembro foram entregues mas não restituídas ou anexadas a este processo;

10 - é inconstitucional a instituição de adicionais de CSLL por meio de Medidas Provisórias;

11 - não há no auto de infração a indicação precisa de qual teria sido a conduta dolosa que caracterize o evidente intuito de fraude que sustenta a multa agravada, sendo que a fraude sequer foi invocada no auto de infração, conforme jurisprudência administrativa;

12 - em decorrência do necessário afastamento de fraude, ocorreu a decadência do direito de exigir o IRPJ e a CSLL relativos ao primeiro trimestre de 2002 e o PIS e a COFINS de janeiro a maio de 2002, pois a ciência da lavratura do auto de infração deu-se em 14/06/2007, conforme jurisprudência administrativa;

13 - a multa agravada é inconstitucional por seu caráter confiscatório, conforme jurisprudência judicial.

É o relatório.”

A DRJ, por unanimidade de votos, MANTEVE os lançamentos, nos termos da ementa abaixo:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SÓCIOS.

Matéria não impugnada.



DOLO.

A não escrituração da movimentação bancária é procedimento doloso tendente à fraude e à sonegação, o que afasta a caracterização do lançamento como sendo por homologação.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Incabível a homologação, pois em caso de dolo aplica-se a regra do art. 173, inciso I, do CTN.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

LUCRO ARBITRADO.

Matéria não impugnada.

OMISSÃO DE RECEITA. RECEITA BRUTA CONHECIDA. BASE DE CÁLCULO.

VALORES DAS NOTAS FISCAIS. RESPOSTAS À CIRCULARIZAÇÃO.

CÓPIAS DE NOTAS FISCAIS.

Foi provada a omissão de receita referente aos valores que correspondem à receita bruta, desconsiderando valores que, em tese, deveriam ser repassados aos administradores de cartões de crédito. Argumento improcedente.

"ESPELHOS" E RESUMOS DE NOTAS FISCAIS.

O valor jurídico de "espelhos" e de resumos dos valores das notas fiscais não localizadas, informados em circularização, decorre do fato de que tais dados podem ser verificados pela fiscalização nos registros contábeis dos quais foram extraídos. Argumento improcedente.

DIRF's. OMISSÃO NA CIRCULARIZAÇÃO.

Presume-se omitida a receita proveniente de clientes que não responderam à circularização mas que retiveram, recolheram e declararam o IRRF referente ao pagamento de serviços prestados por pessoa jurídica. Argumento improcedente.

ERROS EM DIRF's. OMISSÃO NA CIRCULARIZAÇÃO.

A receita inconsistente com os valores de IRRF declarados em DIRF, dentre os casos apontados pela impugnante, deve ser excluída e a receita proporcional ao IRRF retido, recolhido e declarado deve ser adicionada. Argumento procedente em parte.

INCONSTITUCIONALIDADE.

Não compete à instância administrativa examinar arguições de inconstitucionalidade.

MULTA QUALIFICADA. DOLO.

A não escrituração da movimentação bancária é procedimento doloso tendente à fraude e à sonegação, o que respalda a aplicação da multa qualificada, conforme previsão legal cuja inconstitucionalidade não compete à instância administrativa examinar.

AUTOS REFLEXOS. PIS. COFINS. CSLL

O decidido no mérito do IRPJ, em razão de omissão de receitas e de arbitramento do lucro, repercute na tributação reflexa."

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada interpôs recurso voluntário a este Conselho, repisando os tópicos trazidos anteriormente na impugnação.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro - ANTONIO BEZERRA NETO, Relator.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a empresa teve o seu lucro arbitrado em virtude do livro Caixa não possuir “lançamentos que possibilitem identificar a escrituração das Notas Fiscais de prestação de Serviços emitidas, e nem lançamentos que possibilitem identificar sua efetiva movimentação financeira, inclusive bancária”

O arbitramento foi efetuado com base na receita bruta conhecida, com a aplicação do coeficiente de 38,40%.

A receita bruta foi apurada por meio de circularização junto aos clientes, ocasião em que foi solicitada a relação de todos os pagamentos efetuados ao interessado no ano-calendário de 2002 acompanhada das cópias autenticadas das Notas Fiscais emitidas pelo interessado, complementada (nos casos de omissão ou não localização dos clientes) pelo exame das DIRFs obtidas nos sistemas da SRFB, em vista da apreensão, por ordem judicial, de caixas que conteriam as notas fiscais, dentre outros documentos do interessado.

Esta Resolução cinge-se a abordar pontos relacionados com a apuração da receita conhecida a partir de Declarações de Imposto de Renda Retido na Fonte – DIRFs entregues à Receita Federal por empresas tomadoras de serviço e instituições financeiras com as quais operava a autuada. Diante da falta de apresentação por parte do contribuinte de livros contábeis e fiscais que subsidiasse a apuração da base cálculo a ser arbitrada, não restou alternativa a fiscalização, senão se valer dos dados constantes nas DIRF's.

Entretanto, na peça impugnatória e no recurso voluntário, o contribuinte critica essa forma de apuração tanto pelo aspecto legal, quanto por situação fática caracterizada por inconsistências verificadas nesse procedimento.

O que nos interessa neste momento é a questão de fato levantada pela recorrente.

Embora não tenha trazido inicialmente quando foi intimada a fazê-lo, o contribuinte trouxe à colação indícios de provas que a meu ver precisariam de uma resposta mais satisfatória do que a que foi dado pela decisão de piso.

Transcrevo abaixo alguns trechos do item 36 de sua impugnação (fls. 8504):

“(i) às fls. 8376, a DIRF apresentada pela empresa Portokoll S/A declara:

i.a) no mês de outubro de 2002, o valor de recebimento tributável de R\$ 33.071,62, quando o correto é R\$ 1.724,58; a declaração do valor imposto de renda retido na fonte, na importância de R\$ 25,87 corresponde exatamente à aplicação da alíquota de 1,5% sobre o valor correto a ser tributado (R\$ 1.724,58);

i.b) no mês de novembro de 2002, o valor de rendimento tributável de R\$ 40.619,74, quando o correto é R\$ 2.117,61; a declaração sobre o valor do imposto de

renda na fonte, de R\$ 31,76 corresponde exatamente à aplicação de 1,5% sobre o valor correto a ser tributado;

(...)

(v) às fls. 8377, a DIRF apresentada pela empresa SPF Engenharia Ltda declara:

v.a) no mês de outubro de 2002, o valor de rendimento tributável de R\$ 9.546,67, quando o correto é R\$ 1.694,43; o valor declarado como rendimento tributável não corresponde sequer ao valor total das notas fiscais emitidas neste período (R\$ 25.875,18); (...)"

A decisão de piso assim trata dessas inconsistências:

"Veja-se que não há caso de DIRF que não seja de cliente e que se o IRRF fosse maior do que o correto, a impugnante reclamaria junto ao cliente, pois o valor recebido seria inferior ao devido, sendo justo presumir que a DIRF seria retificada nesse caso e que se o IRRF fosse menor do que o correto, o cálculo da receita omitida beneficiaria a impugnante."

Concordo com a DRJ que "se o IRRF fosse menor do que o correto, o cálculo da receita omitida beneficiaria a impugnante". Logo essas inconsistências devem ser desprezadas pelo autuante quando da execução desta diligência, assim como foi desprezada pela DRJ, mas discordo da DRJ quando presume que o erro não poderia ter acontecido por imaginar que se esse fosse o caso, uma retificação sempre se apresentaria. No mundo real, tal suposição não é necessariamente uma verdade. Se for o caso de existir uma possibilidade de erro humano, essa possibilidade pode, sim, acontecer (a não retificação) e não se pode presumir o contrário.

Porém, a DRJ ultrapassou esse obstáculo, retificando o lançamento em relação a todos os casos contestados e que mereciam esse reparo, na linha do que foi colocado no parágrafo anterior:

"Assim, o exame da proporção entre IRRF e receita de todos os casos contestados, para todo o ano-calendário de 2002, mostrou que são procedentes os argumentos referentes à cooperativa Cooplantec e às empresas Portokoll S/A, LG Eletronics de São Paulo Ltda. e S/A Auto Elétrica Sael, que são parcialmente procedentes os referentes à Sun Microsystems do Brasil Ind. e Com. Ltda. e improcedentes os referentes às empresas Arkte Brasil Telecom Ltda., SPF Engenharia Ltda., Texto S/A Informática e Automação de Escritórios e Colégio Augusto Laranja Ltda., respectivamente às fls. 8.371, 8.377, 8.395 e 8.399."

Em sede recursal, a recorrente volta à tona em relação a essa mesma matéria, cita como exemplo uma determinada inconsistência, que por sinal já foi analisada e não considerado procedente pela DRJ, nos seguintes termos:

"(...) A DIRF apresentada pela empresa Arkte Brasil Telecom Ltda (fls. 8371) que declara:

- no mês de outubro de 2002, o valor de rendimento tributável de R\$ 103.868,78 quando o correto é R\$ 6.327,85;

- no mês de novembro de 2002, o valor de rendimento tributável de R\$ 102.854,66, quando o correto é de R\$ 5.821,96; o valor declarado como rendimento tributável não corresponde sequer ao valor total das notas fiscais emitidas neste período, qual seja, R\$ 128.340,31;

- no mês de dezembro de 2002, o valor do rendimento tributável de R\$ 121.842,04, quando o correto é R\$ 5.448,74.

47. Como se pode notar pelo exemplo acima citado, as declarações constantes das DIRF's que fundamentam o auto de infração são absolutamente inconsistentes e não podem subsidiar a constituição do crédito tributário em face da Recorrente, sob pena de violar o princípio da verdade material. Apenas para registrar, a Recorrente deixa de transcrever as DIRF's viciadas, uma a uma, para não deixar por demais prolixo o presente recurso, pelo que remete estes Eminentíssimos Julgadores ao parágrafo "36" da impugnação, no qual se pode ter a conclusão do quanto exposto.

(...) Finalmente, é de ressaltar que uma impugnação mais detalhada das DIRF's não foi possível pois (i) a Recorrente não dispõe das notas fiscais anteriores ao período de 29 de agosto de 2002, eis que estão apreendidas; e (ii) em relação ao mês de setembro de 2002, as notas fiscais foram entregues ao Auditor Fiscal que não as restituiu à Recorrente, nem apresentou nos autos do procedimento administrativo. Quanto ao primeiro aspecto, a Recorrente requereu a juntada a *posteriori*, nos termos do art. 16, parágrafo 4º, alínea 'a', do Decreto 70.235/72, o que não foi observado na instância inferior, o que caracterizaria o cerceamento do direito de defesa."

Dessa forma, em respeito ao princípio da verdade material orientador do Processo Administrativo Fiscal, e diante da apresentação de indícios que poderiam comprometer parte do lançamento, por precaução, torna-se indispensável a conversão do julgamento em diligência, para que seja adotada as seguintes providências pela Fiscalização:

- Intimar novamente a recorrente de todas as informações referentes às DCTFs apresentadas por terceiros de forma que a recorrente possa indicar todas as inconsistências ainda não apontadas;

- A partir do resultado do item anterior, investigar e justificar cada uma das apontadas inconsistências (com a exceção das situações já analisadas em sede impugnatória) pela recorrente;

- Investigar por conta própria se não existem outras inconsistências, mesmo que não tenha sido apontadas pela recorrente;

- Na falta de informações mais detalhadas da recorrente e dos declarantes, e visando resolver as inconsistências, considerar nos cálculos a situação mais favorável à recorrente, qual seja, extrair a base tributável a partir do valor de retenção do IRRF, quando essa situação se mostrar mais favorável;

- Se for o caso, refazer a base de cálculo de apuração do IRPJ e seus reflexos.

Outrossim, é de se esperar que a recorrente não mais reclame que suas notas fiscais ainda se encontram apreendidas pelo Poder Judiciário, atrapalhando sua defesa administrativa, pois aproximadamente 2(dois) anos já se passaram e espera-se que a recorrente já tenha tomado as providências necessárias como disse que o fez na fase impugnatória, tendo

acostado na ocasião, inclusive, petição direcionada o Poder Judiciário pleiteando cópias desses documentos.

Ao final, a autoridade fiscal deverá elaborar relatório conclusivo das verificações, ressalvado o fornecimento de informações adicionais e a juntada de outros documentos que entender necessários, entregar cópia do relatório à interessada e conceder prazo de 30 (trinta) dias para que ela se pronuncie sobre as suas conclusões, após o que, o processo deverá retornar a este CARF para prosseguimento do julgamento.


ANTONIO BEZERRA DIAS